

# **Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung**

*Astrid Epiney\**

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

***Astrid Epiney, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis / L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE. Interprétation et application dans la pratique, Zürich 2011, S. 81-126. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.***

## **A. Problemstellung**

Das Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Union (EU) und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits (FZA)<sup>1</sup> verankert in Art. 5 FZA und Art. 17 ff. Anhang I FZA auch die Dienstleistungsfreiheit, wobei diese aber im Vergleich zum Unionsrecht nicht umfassend gewährleistet wird, sondern (zumindest) insofern eine Besonderheit zu beachten ist, als ein Dienstleistungserbringer nur für höchstens 90 Tage im Jahr Dienstleistungen in einem anderen Vertragsstaat erbringen darf. Ansonsten nimmt Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA auf die RL 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen

---

\* Die vorliegenden Ausführungen greifen in weiten Teilen auf eine ausführlichere Untersuchung zurück, vgl. *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, 2009.*

<sup>1</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BBl 1999, 7027 ff.; ABl. 2002 L 114, 6 ff.

der Erbringung von Dienstleistungen<sup>2</sup> Bezug. In der Schweiz wurde im Zuge bzw. im Vorfeld des Inkrafttretens des Freizügigkeitsabkommens das sog. Entsendegesetz (EntsG)<sup>3</sup> und die dazugehörige sog. Entsendeverordnung (EntsV)<sup>4</sup> erlassen. Diese Rechtsakte sollen – letztlich vergleichbar mit der Umsetzungsgesetzgebung in EU-Mitgliedstaaten – die nach Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA zu beachtenden Vorgaben der RL 96/71/EG in die schweizerische Gesetzgebung umsetzen.

Aufgeworfen wird damit die Frage, ob und inwieweit die Ausgestaltung des Arbeitnehmerentsenderechts in der Schweiz bzw. die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Entsendung von Arbeitnehmern in die Schweiz zur Erbringung von Dienstleistungen mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens vereinbar sind. Dieser Problematik soll im Folgenden nachgegangen werden, wobei der Akzent auf der Analyse einiger ausgewählter Aspekte liegt, bei denen sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Abkommens besonders deutlich stellt. Ausgangspunkt für die Analyse dieser Frage sind einige grundsätzliche Ausführungen über die bei der Auslegung des Abkommens zu beachtenden Grundsätze (B.) und die Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit im FZA (C.), bevor die Tragweite des Abkommens in Bezug auf die Arbeitnehmerentsendung im Einzelnen eruiert werden soll (D.). Der Beitrag endet mit einer kurzen Schlussbemerkung (E.).

## **B. Das Personenfreizügigkeitsabkommen und seine Auslegung – ein Überblick**

Ziel des FZA ist die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“ (Präambel des Abkommens). Vor diesem Hintergrund dehnt das Abkommen in der Sache die Arbeit-

---

<sup>2</sup> ABl. 1997 L 18, 1.

<sup>3</sup> Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.20.

<sup>4</sup> Verordnung des Bundesrates über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.201.

nehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit weitgehend auf die Schweiz und ihre Staatsangehörigen aus. Darüber hinaus geniessen auch Nichterwerbstätige Freizügigkeit entsprechend den (im Wesentlichen sekundärrechtlichen) Gewährleistungen im Unionsrecht. Dagegen wird die Dienstleistungsfreiheit nur partiell übernommen, indem lediglich die Erbringung kurzfristiger Dienstleistungen liberalisiert wird.<sup>5</sup> Das Konzept der Unionsbürgerschaft und die mit dieser verbundenen Rechte haben keinen Eingang in das Abkommen gefunden, dies im Gegensatz zum allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV), das analog in Art. 2 FZA aufgegriffen wird.<sup>6</sup>

Grundsätzlich wird damit im Verhältnis zur Schweiz die entsprechende Rechtslage in der EU auf der Grundlage von Rechtsetzung und Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung übernommen. Da es sich bei dem Abkommen um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, sind dabei die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze heranzuziehen. Vor dem Hintergrund von Inhalt und Ziel und Zweck des Abkommens, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage (in Bezug auf die erfassten Bereiche) wie im Rahmen der Europäischen Union sicherzustellen, ist danach von einem Grundsatz der parallelen Auslegung derjenigen abkommensrechtlichen Bestimmungen, die auf den unionsrechtlichen Besitzstand bzw. Teile desselben zurückgreifen,<sup>7</sup> mit den entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen auszugehen.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. noch unten C.

<sup>6</sup> Zu Art. 2 FZA, m.w.N., *Astrid Epiney*, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, SJZ 2009, 25 ff.

<sup>7</sup> Wobei die Frage, ob und inwieweit ein solcher Rückgriff des Abkommens auf unionsrechtliche Vorgaben zu bejahen ist, mitunter schwierig zu beantworten sein kann, wie gerade der noch zu erörternde Bereich der Dienstleistungsfreiheit (unten C.) zu illustrieren vermag.

<sup>8</sup> Vgl. zur Auslegung solcher Abkommen aus der Rechtsprechung grundlegend EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; s. sodann EuGH, Rs. 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg), Slg. 1982, 3641 (3663); EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395; EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros) Slg. 1992, I-4625; s. insbesondere EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291, wo der EuGH allgemein formuliert, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des Vertrages, wobei der EuGH insbesondere auf

An diesem Grundsatz dürfte auch die jüngste Rechtsprechung des EuGH zum Personenfreizügigkeitsabkommen nichts ändern: In der Rs. C-351/08<sup>9</sup> – in der es letztlich um die Frage ging, ob sich auch juristische Personen auf das Abkommen berufen können – hält der Gerichtshof zunächst zwar fest, die Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen lasse sich nicht „automatisch“ auf die entsprechenden Bestimmungen des Abkommens übertragen, sofern dies nicht im Abkommen selbst vorgesehen sei. Der Gerichtshof unterlässt es jedoch zu präzisieren, unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass „dies“ im Abkommen vorgesehen ist. Vielmehr wendet er sich dann sogleich der Frage zu, ob auch juristische Personen in den Schutzbereich der im Abkommen gewährleisteten Niederlassungsfreiheit fallen, was er im Ergebnis in Anlehnung an den Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmungen des Abkommens verneint, dies im Gegensatz zur Dienstleistungsfreiheit, da die juristischen Personen doch ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 FZA erwähnt seien.

Der Gerichtshof machte damit zwar eine grundlegende Aussage zur Auslegung des Abkommens, die erkennen lässt, dass er dieses nach denselben Grundsätzen auszulegen gedenkt wie sonstige völkerrechtliche Verträge der Union. Allerdings weist er auch darauf hin, dass eine „automatische“ Übertragung der in der Union massgeblichen Auslegung offenbar dann in Betracht komme, wenn dies im Abkommen vorgesehen ist. Damit insinuiert der Gerichtshof, dass eine solche Möglichkeit besteht (was im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung steht), wenn er sich auch über die genauen Vo-

---

die übereinstimmenden Zielsetzungen abstellt. Allgemein sehr instruktiv zur Auslegung von Abkommen der EU mit Drittstaaten, die Teile des unionsrechtlichen Besitzstands aufgreifen, *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der EG mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“, 2006, 1 ff. Vgl. ausführlich zur parallelen Auslegung des Unionsrechts und der entsprechenden Bestimmungen des FZA *Astrid Eney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, 2006, 57 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.; *Vincent Martenet/Véronique Boillet*, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, 2008, 311 (327 ff.). Auch das Bundesgericht geht grundsätzlich von diesem Ansatz aus, vgl. etwa BG, 2C\_558/2009, Urt. v. 26.4.2010 (zur Publikation vorgesehen); BGE 135 II 265; BGE 136 II 5. Ausführlich zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, im Erscheinen.

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-351/08 (Grimme), Urt. v. 12.11.2009, EWS 2009, 518; s. letztlich ähnlich EuGH, Rs. C-541/08 (Fokus Invest), Urt. v. 11.2.2010.

raussetzungen ihres Vorliegens ausschweigt. Für diese dürften daher nach wie vor die dargelegten Grundsätze der Rechtsprechung zum Zuge kommen. Dies sowie der Umstand, dass es bei den durch den EuGH entschiedenen Rechtsfragen letztlich um die Auslegung von Abkommensbestimmungen, deren Fassung gerade von den entsprechenden unionsrechtlichen Vorgaben abwich, ging, sprechen dafür, diese Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht als eine grundsätzliche Absage einer „Parallelität der Auslegung“ solcher Abkommensbestimmungen, die unionsrechtlichen Bestimmungen nachgebildet sind oder auf solche verweisen, zu verstehen.<sup>10</sup>

Spezifisch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Abkommens zu berücksichtigen ist, bestimmt Art. 16 Abs. 2 FZA, dass die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des Abkommens zwingend zu berücksichtigen ist, soweit im Abkommen „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ herangezogen werden. Was die Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des Abkommens betrifft, so kann der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die „Auswirkungen dieser Rechtsprechung“ feststellen, eine Bestimmung, die bislang noch nicht zur Anwendung gekommen ist. Allerdings sprechen auch ganz allgemein gute Gründe (insbesondere die Zielsetzung des Abkommens, eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sicherzustellen) dafür, die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile des EuGH grundsätzlich bei der Auslegung des Abkommens – immer soweit dieses auf entsprechende Begriffe des Unionsrechts zurückgreift – zu berücksichtigen und zu beachten.<sup>11</sup>

Auch das Bundesgericht geht davon aus, dass die neuere Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen sein kann, wobei jedoch die genaue dogmatische Grundlegung und damit auch die genauen Voraussetzungen dieser Berücksichtigung etwas im Unklaren bleiben. Vielmehr zeichnet

---

<sup>10</sup> Vgl. hierzu ausführlich und i.Erg. ähnlich *Christa Tobler*, Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenze des bilateralen Rechts, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, im Erscheinen. Vgl. aber auch die etwas andere Akzentsetzung bei *Laura Melusine Baudenbacher*, Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag, ELR 2010, 34 ff.; s. aber auch GA *Niilo Jääskinen*, Schlussanträge zur Rs. C-70/09 (Hengartner), Rn. 48 ff., der ohne nähere Begründung einer parallelen Auslegung von dem Unionsrecht entsprechenden Abkommensbestimmungen offenbar sehr skeptisch gegenübersteht.

<sup>11</sup> Vgl. mit ausführlicher Begründung die Nachweise in Fn. 8.

sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts durch eine sehr pragmatische Herangehensweise aus, so dass gewisse Aspekte der neueren Rechtsprechung übernommen werden, gewisse andere Aspekte jedoch nicht, ohne dass die diesbezüglichen Gründe immer klar werden.<sup>12</sup> In einem neueren Grundsatzurteil<sup>13</sup> betonte das Gericht jedoch, dass für die Berücksichtigung neuer EuGH-Rechtsprechung das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage massgebend sei. Um dieses Ziel nicht zu gefährden, werde das Gericht auch Rechtsprechung des EuGH nach Vertragsunterzeichnung in „angemessener Weise“ in seine Beurteilung einbeziehen und dieser „Rechnung tragen“, soweit das Abkommen auf unionsrechtliche Grundsätze zurückgreife. Da dem EuGH nicht die verbindliche Auslegungshoheit für die Schweiz zukomme, stehe es dem Bundesgericht aber weiterhin offen, aus „triftigen Gründen“ zu einer anderen Rechtsauffassung als der EuGH zu kommen. Allerdings würden „nicht leichthin“ abweichende Auffassungen vertreten.<sup>14</sup>

Damit sind nach dem Ansatz des Bundesgerichts die neueren Urteile jedenfalls immer dann zu berücksichtigen, wenn sie eine frühere, vor der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigen. Aber auch darüber hinaus dürfte das Bundesgericht tendenziell dazu neigen, zumindest dann die neuere Rechtsprechung zu berücksichtigen, wenn sie auf der Linie der bisherigen liegt und keine besonderen Gründe gegen ihre Übertragung auf das Abkommen sprechen.

### C. Die Dienstleistungsfreiheit im FZA

---

<sup>12</sup> Vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 141 ff.; *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 2008, 227 ff.; *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 8).

<sup>13</sup> BGE 136 II 5.

<sup>14</sup> BGE 136 II 5, Erw. 3.4.

Art. 5 FZA und Art. 17-23 Anhang I FZA garantieren die Dienstleistungsfreiheit, wobei jedoch (zumindest) insofern eine Besonderheit im Vergleich zum Unionsrecht zu beachten ist, als ein Dienstleistungserbringer nur für höchstens 90 Tage im Jahr Dienstleistungen in einem anderen Vertragsstaat erbringen darf; das Unionsrecht kennt eine solche Grenze nicht. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden zunächst der Frage nach der grundsätzlichen Tragweite der Dienstleistungsfreiheit im FZA (im Verhältnis zu den entsprechenden Garantien im Unionsrecht) nachgegangen werden (I.), bevor die Reichweite der „90-Tage-Regel“ skizziert wird (II.).

Auffallend ist bei der Regelung der Dienstleistungsfreiheit, dass eine weit weniger klare Anlehnung an die unionsrechtlichen Garantien erfolgt als im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit. Allerdings kann daraus sicher nicht geschlossen werden, dass die unionsrechtlichen Begriffe keine Rolle spielten, ist doch in diesem Rahmen die bereits erwähnte Zielsetzung des Abkommens, eine parallele Rechtslage wie im Unionsrecht sicherzustellen,<sup>15</sup> zu beachten, so dass Abweichungen vom Unionsrecht grundsätzlich nur dort anzunehmen sind, wo sie klar zum Ausdruck kommen. Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, im Folgenden den Text des Abkommens (auch) im Einzelnen im Hinblick auf die Beantwortung der Frage nach Abweichungen von der Garantie der Dienstleistungsfreiheit in der Union zu analysieren.

## I. Zur Tragweite der Dienstleistungsfreiheit im FZA

Im Rahmen des Schutzbereichs unterscheidet das Unionsrecht zwischen aktiver und passiver Dienstleistungsfreiheit sowie sog. Korrespondenzdienstleistungen und kennt gewisse Bereichsausnahmen.<sup>16</sup> Aufgeworfen wird damit die Frage, ob – abgesehen von der sog. 90-Tage-Regelung<sup>17</sup> – der Begriff der Dienstleistungen und damit der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit im FZA parallel zur Rechtslage im Unionsrecht zu ver-

---

<sup>15</sup> S.o. B.

<sup>16</sup> Zu diesen Begriffen im Unionsrecht etwa (m.w.N.) *Winfried Kluth*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV – EGV. Kommentar, 2007, Art. 49, 50, Rn. 5 ff., 24 ff.; s. auch *Nicolas Bueno*, L’admission des prestataires de services étrangers en Suisse. Une approche nationale, bilatérale et multilatérale, Jusletter v. 27.1.2010, Rn. 9.

<sup>17</sup> Hierzu noch unten C.II.

stehen ist. Diese Fragestellung ist insofern mit der Problematik der Voraussetzungen eines Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit verknüpft, als auch danach zu fragen ist, welche Rechte genau durch die Dienstleistungsfreiheit erfasst werden.

Ausgehend von den erwähnten Grundsätzen der Auslegung des Abkommens<sup>18</sup> ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese Frage zu bejahen ist, so dass der Begriff der Dienstleistung im Abkommen ebenso wie im Unionsrecht auszulegen sein dürfte, womit die Schutzbereiche (ausgenommen sind die bereits erwähnte 90-Tage-Regelung sowie die sonstigen in Art. 22 Abs. 3 Anhang I erwähnten Ausnahmen), parallel ausgestaltet sind.<sup>19</sup> Für einen anderen Ansatz fehlen nicht nur jegliche Anhaltspunkte im Abkommen, sondern ein solcher dürfte mit der Zielsetzung des FZA, eine parallele Rechtslage wie im Unionsrecht in Bezug auf die erfassten Bereiche sicherzustellen, im Widerspruch stehen, ganz abgesehen davon, dass sich die hier vertretene Sicht bereits aus Art. 16 Abs. 2 FZA<sup>20</sup> ergeben dürfte.

Daher fallen – ebenso wie im Unionsrecht – sowohl die passive als auch die aktive Dienstleistungsfreiheit sowie die sog. „Korrespondenzdienstleistungen“ – die keinen Aufenthalt in einem anderen Staat implizieren – unter das Abkommen.<sup>21</sup> Hierfür finden sich – über die bereits erwähnten, sich aus den für die Auslegung des Abkommens massgeblichen Grundsätzen ergebenden Gesichtspunkte hinaus – bereits im Text des Abkommens verschiedene Anhaltspunkte: So spricht Art. 19 Anhang I FZA allgemein davon, dass der Dienstleistungserbringer seine Tätigkeit unter Beachtung der 90-Tage-Regel in einem anderen Vertragsstaat „ausüben“ kann. Art. 5 Abs. 1 FZA räumt Dienstleistungserbringern das Recht ein, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu er-

---

<sup>18</sup> Oben B.

<sup>19</sup> Ausdrücklich ebenso etwa *Ulrich Petersen/Ralf Nagel*, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, DAngVers 3/02, 81 ff.; *Daniel Maritz*, Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Daniel Felder/Christine Kadous (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, 2001, 331 (335); wohl auch *Bueno*, Jusletter v. 27.1.2010 (Fn. 16), Rn. 28.

<sup>20</sup> Zu dieser Bestimmung schon oben B.

<sup>21</sup> Ebenso *Maritz*, in: Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Fn. 19), 331 (336 ff.). S. auch noch sogleich im Text zu Einzelheiten der Tragweite dieser Freiheiten.



bringen (unter Einhaltung der 90-Tage-Regel), und Art. 5 Abs. 2 FZA spricht von einem „Aufenthaltsrecht“ des Dienstleistungserbringers, nicht einer Pflicht, sich auf das Territorium der anderen Vertragspartei zu begeben (was für den Einbezug der Korrespondenzdienstleistungen spricht). Art. 5 Abs. 3 FZA erwähnt im Übrigen ausdrücklich die passive Dienstleistungsfreiheit, indem Personen, die sich als Empfänger einer Dienstleistung in das Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei begeben, das Einreise- und Aufenthaltsrecht eingeräumt wird. Insgesamt legen diese Formulierungen allesamt den Schluss nahe, dass die Dienstleistungen als solche liberalisiert werden sollen, unabhängig von einem Aufenthalt des Dienstleistungserbringers in einer anderen Vertragspartei, und dass ganz allgemein an den Dienstleistungsbegriff des Unionsrechts angeknüpft werden soll.

Nicht überzeugend erscheint es vor diesem Hintergrund, die Tragweite der Dienstleistungsfreiheit im Abkommen grundsätzlich (d.h. über die Einschränkung durch die 90-Tage-Regel hinaus) zu beschränken, indem davon ausgegangen wird, das Abkommen regele lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfangen von Dienstleistungen, betreffe hingegen nicht sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.

In diese Richtung dürfte das Bundesgericht in Bezug auf die passive Dienstleistungsfreiheit – wobei es in den relevanten Fällen um die Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten im Ausland empfangener medizinischer Dienstleistungen in der Schweiz ging – gehen: Das Freizügigkeitsabkommen strebe gerade keinen vollständigen Einbezug in den EU-Binnenmarkt an. Die Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Erstattungsfähigkeit medizinischer Dienstleistungen im Ausland<sup>22</sup> habe sich aber im Rahmen der Verwirklichung eines „grenzenlosen Binnenmarktes“ entwickelt, während das Freizügigkeitsabkommen eine weniger ambitionierte Regelung enthalte und sich letztlich auf die Frage der Aufenthaltsberechtigung von Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger im jeweils anderen Staat konzentriere. Damit sei die erwähnte Rechtsprechung über die Erstattung von im Ausland empfangener medizinischer Dienstleistungen im Rahmen des Abkommens nicht relevant.<sup>23</sup> In einem im Ergebnis in dieselbe Richtung gehenden Urteil fügte das Bundesgericht weiter an, das FZA enthalte keine vergleichbaren Bestimmungen zu der im EU-Recht geregelten

---

<sup>22</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998 I-1931; EuGH, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473; EuGH, Rs. C-385/99 (Müller-Fauré), Slg. 2003 I-4509.

<sup>23</sup> BGE 133V 624, insbesondere Erw. 4.3.3 ff.; ebenso BGE 134 V 330.

umfassenden Dienstleistungsfreiheit zur vollständigen Liberalisierung im Bereich der medizinischen Behandlungen. Das FZA ziele lediglich auf eine sektorielle und eingeschränkte Integration in den europäischen Binnenmarkt ab, und die Dienstleistungsfreiheit, wie sie im Unionsrecht gewährleistet ist, sei als solche nicht in das Freizügigkeitsabkommen übernommen worden.<sup>24</sup>

Die in diesem Zusammenhang u.a. vom Bundesgericht herangezogenen Argumente vermögen jedoch eine solche Einschränkung der Tragweite des Abkommens nicht zu begründen: Denn aus dem Umstand, dass das Freizügigkeitsabkommen keinen vollständigen Einbezug in den gesamten Binnenmarkt bezweckt, folgt gerade nicht, dass im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zudem kaum begründbare „Abstriche“ an der tatbestandlichen Reichweite der Dienstleistungsfreiheit und damit an der zu beachtenden Rechtsprechung gemacht werden. Im Gegenteil ist dem Abkommen – wie erwähnt – gerade zu entnehmen, dass für den Bereich der Personenfreizügigkeit parallele Regelungen wie in der Union zum Zuge kommen sollen, ein Umstand, auf den das Bundesgericht erst gar nicht eingeht, aber in Bezug auf andere Rechtsfragen in anderen Urteilen durchaus hinweist.<sup>25</sup> Bei der Dienstleistungsfreiheit sind zwar – im Verhältnis zur Rechtslage in der Union – durchaus Differenzen auszumachen; diese beziehen sich jedoch lediglich auf die 90-Tage-Regel im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit. Abgesehen von dieser Einschränkung ist in keiner Weise im Abkommen erkennbar, welche Aspekte der im Unionsrecht zum Zuge kommenden Dienstleistungsfreiheit im Abkommen nicht relevant sein sollen. Insbesondere ist nicht erkennbar, warum das Abkommen auf Aspekte des Aufenthaltsrechts auf dem Gebiet einer Vertragspartei beschränkt sein soll, während offenbar sonstige Aspekte der Dienstleistungsfreiheit – so wie sie in der Rechtsprechung des EuGH konkretisiert wurden – nicht erfasst sein sollen. Ein solcher Ansatzpunkt führte letztlich weitgehend zu einer Beeinträchtigung der effektiven Wirkung der

---

<sup>24</sup> BG, 9C\_479/2008, Urt. v. 30.12.2008, Erw. 6.2. S. auch GA *Niilo Jääskinen*, Schlussanträge zur Rs. C-70/09 (Hengartner), Rn. 61 ff.: Der Generalanwalt geht hier davon aus, dass die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Rechte eines Dienstleistungserbringers, in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen zu erbringen, auf das FZA übertragbar sei, jedoch nicht die Rechte des Dienstleistungsempfängers; für diese bezögen sich die Rechte im Wesentlichen auf ein Aufenthaltsrecht.

<sup>25</sup> S. oben B.

Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs (übrigens über den Aspekt der passiven Dienstleistungserbringung hinaus), da ein Aufenthaltsrecht zur Erbringung von Dienstleistungen ohne das Recht, solche Dienstleistungen auch zu erbringen, letztlich wenig Sinn machte. Damit bleibt festzuhalten, dass Schutzbereich und Tragweite der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen einerseits und im Unionsrecht andererseits grundsätzlich parallel ausgestaltet sind. Gleiches gilt für die Rechtfertigung: Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich und kann damit gerechtfertigt werden (vgl. Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen), wobei – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH – der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist.

Im Übrigen ist speziell in Bezug auf die in diesem Beitrag im Vordergrund stehende Problematik der Arbeitnehmerentsendung daran zu erinnern, dass es sich hier um Rechte der Dienstleistungserbringer, also um die aktive Dienstleistungsfreiheit, handelt. Die bisherigen Einschränkungen der Tragweite der Dienstleistungsfreiheit durch das Bundesgericht bezogen sich jedoch durchwegs auf die passive Dienstleistungsfreiheit. In Bezug auf die aktive Dienstleistungsfreiheit dürfte das Bundesgericht davon ausgehen, dass sich deren Gehalt nicht nur auf ein Aufenthaltsrecht bezieht, sondern dass grundsätzlich (es sei denn, eine Rechtfertigung liege vor) jegliche Beschränkung durch das Abkommen verboten ist.<sup>26</sup>

Die erwähnte Parallelität mit den Garantien des Unionsrechts gilt nicht nur für die Rechte, die aufgrund der Dienstleistungsfreiheit geltend gemacht werden können, sondern auch für die Frage, ob die einschlägigen Artikel des Abkommens sowie des Anhangs I neben einem Diskriminierungsverbot auch ein Beschränkungsverbot umfassen. Allerdings ist der Wortlaut der einschlägigen Abkommensbestimmungen in dieser Beziehung nicht eindeutig: Art. 19 Anhang I FZA verankert ausdrücklich nur ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinsichtlich der Dienstleistungserbringung im Verhältnis zu eigenen Staatsangehörigen. Dies steht aber einem Beschränkungsverbot nicht zwingend entgegen, enthält Art. 57 Abs. 2 AEUV doch ebenfalls ein Diskriminierungsverbot, dem Art. 19 Anhang I FZA im Übrigen ersichtlich

---

<sup>26</sup> S. insoweit BG, 2C\_151/2008, Urt. v. 17.6.2008, wo das Bundesgericht eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit anhand des Abkommens prüfte, aber eine Rechtfertigung bejahte.

nachgebildet ist, stimmen doch die Formulierungen weitgehend überein. Ansonsten räumt Art. 5 Abs. 1 FZA einem Dienstleistungserbringer allgemein das Recht ein, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu erbringen, während Art. 17 lit. a) Anhang I FZA in Bezug auf die Dienstleistungserbringung davon spricht, dass die „Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen“ untersagt ist. In Bezug auf die passive Dienstleistungsfreiheit legt es Art. 5 Abs. 3 FZA nahe, dass auch hier ein Beschränkungsverbot zugrundegelegt wird, spricht diese Bestimmung doch allgemein davon, dass sich der Empfänger einer Dienstleistung in den anderen Vertragsstaat begeben darf, womit wohl vorausgesetzt wird, dass der Empfang dieser Dienstleistung nicht beschränkt werden darf.

Damit schliesst der Wortlaut der einschlägigen abkommensrechtlichen Bestimmungen es gerade nicht aus, dass die im Abkommen verankerte Dienstleistungsfreiheit auch als Beschränkungsverbot auszulegen ist. Dann aber ist – entsprechend den oben entwickelten Auslegungsgrundsätzen<sup>27</sup> – davon auszugehen, dass das Abkommen nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern auch ein Beschränkungsverbot enthält, das jedenfalls für die Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Vertragsstaat, aber auch für die passive Dienstleistungsfreiheit und die Korrespondenzdienstleistungen zum Zuge kommt.<sup>28</sup> Denn im Abkommen geht es ja gerade darum, die Schweiz für den Bereich der Personenfreizügigkeit in den Rechtsraum der EU zu „integrieren“. Sowohl die Präambel des Abkommens als auch Art. 16 FZA lassen klar erkennen, dass das in der EU bestehende Regime der Personenfreizügigkeit auf die Schweiz ausgedehnt werden soll.<sup>29</sup> Dieses Ziel könnte aber gerade nicht erreicht werden, wenn man aus den unionsrechtlichen Garantien einen Teil – nämlich das Diskriminierungsverbot – herausnimmt und es im

---

<sup>27</sup> B.

<sup>28</sup> Ebenso *Maritz*, in: *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU* (Fn. 19), 331 (342 ff.); *Basile Cardinaux*, *Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge*, 2008, 38 ff. Tendenziell für die Verankerung eines Beschränkungsverbots im Abkommen auch *Edgar Imhof*, *Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode: Ist das Beschränkungsverbot in seinem Rahmen anwendbar?*, ZESAR 2008, 425 ff., wobei er Differenzierungen in Betracht ziehen will, ohne diese jedoch im Einzelnen zu präzisieren.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu schon oben B.

Verhältnis zur Schweiz anwendet, während ein anderer Teil – nämlich das Beschränkungsverbot – ausgeklammert wird. Die Zielsetzung des Abkommens würde letztlich vereitelt, wenn man hier eine entsprechende Unterscheidung träfe. Daher kommt hier der oben entwickelte Grundsatz<sup>30</sup> zum Zuge, dass Abweichungen vom in der Union geltenden Rechtsregime ausdrücklich im Abkommen zum Ausdruck kommen müssen, während ansonsten von einer Parallelität der Konzepte und der Massgeblichkeit der einschlägigen Rechtsprechung nach Art. 16 Abs. 2 FZA auszugehen ist.

Grundlage für das Beschränkungsverbot sind Art. 5 Abs. 1 FZA i.V.m. Art. 17 lit. a), b) Anhang I FZA für den Dienstleistungserbringer und Art. 5 Abs. 3 FZA für den Dienstleistungsempfänger. In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit spricht nämlich einiges dafür, die Rechte bereits in Art. 5 FZA selbst, und nicht erst im Anhang, verankert zu sehen, da diese Bestimmung – insoweit im Gegensatz zu Art. 4, 7 FZA in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit – bereits eine Reihe konkreter Rechte formuliert. Für diesen Ansatz spricht auch, dass Art. 5 Abs. 1-3 FZA die jeweils eingeräumten Rechte klar formuliert. Auch Art. 5 Abs. 4 FZA, wonach die in diesem Artikel genannten Rechte „gemäss den Bestimmungen der Anhänge I, II und III eingeräumt“ werden, steht dem wohl nicht entgegen. Diese auch in den Art. 2-9 FZA regelmässig wiederkehrende Verweisung auf die Anhänge bedeutet nämlich nicht zwingend, dass sich die Rechte erst aus dem Anhang ergeben, sondern kann lediglich einen Verweis auf die im Anhang formulierten Bedingungen darstellen.

## II. Zur „90-Tage-Regel“

Einem Dienstleistungserbringer – der eine natürliche oder juristische Person sein kann (vgl. Art. 18 Anhang I FZA) – steht das Recht zu, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu erbringen, sofern deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet (Art. 5 Abs. 1 FZA, Art. 17, 21 Anhang I FZA). Damit besteht in Bezug auf diese „90-Tage-Regel“ eine eindeutige Abweichung zur Rechtslage im Unionsrecht. Deren genaue Tragweite wirft jedoch mindestens zwei Fragen auf:

- Zunächst ist der Anwendungsbereich der 90-Tage-Regel unklar, wobei es im Kern darum geht, ob sich die 90 Tage nur auf die akti-

---

<sup>30</sup> S.o. B.

ve Dienstleistungserbringung (wofür sie bestimmt gelten) oder darüber hinaus auch auf die Korrespondenzdienstleistungen beziehen. Letzteres implizierte, dass auch Korrespondenzdienstleistungen nicht länger als 90 Tage dauern dürften, obwohl sich der Dienstleistungserbringer zur Erbringung seiner Dienstleistung nicht in einen anderen Mitgliedstaat begibt. Der Text der Art. 5 Abs. 1 FZA, 17 lit. a) Anhang I FZA ist nicht klar, wird doch dort von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage im Jahr nicht überschreitet, gesprochen. Allerdings legen Art. 17 ff. Anhang I FZA die Annahme nahe, dass bei Korrespondenzdienstleistungen die 90-Tage-Regel nicht gilt, denn bei der Regelung der Ausgestaltung bzw. Durchführung dieser Beschränkung wird immer wieder Bezug auf einen Aufenthalt von höchstens 90 Tagen genommen (insbesondere Art. 20 Abs. 1, 2 Anhang I FZA). Auch dürfte der Hintergrund der 90-Tage-Regel die Beschränkung der Aufenthaltsdauer der Dienstleistungserbringer bzw. seiner Angestellten gewesen sein, wofür auch spricht, dass diese für die Berechnung (auf die sogleich noch zurückzukommen sein wird) der 90 Tage ausschlaggebend ist, so dass die Dienstleistung insgesamt (d.h. inkl. Vorbereitung „zu Hause“) durchaus länger als 90 Tage dauern kann. Im Ergebnis liegt damit die Annahme nahe, dass die 90-Tage-Regel für Korrespondenzdienstleistungen nicht zur Anwendung kommt, so dass diese vollständig liberalisiert sind.

Hinzuweisen ist jedoch auf Art. 22 Abs. 3 Anhang I, wonach die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Vertragsparteien in Bezug auf bestimmte Dienstleistungen (insbesondere Finanzdienstleistungen, für die eine vorherige Genehmigung erforderlich ist und deren Erbringer einer behördlichen Aufsicht unterliegt) unberührt bleiben, so dass diese gerade nicht liberalisiert sind.

- Sodann ist aus der Regelung im Abkommen nicht ersichtlich, wie genau die Dauer der Dienstleistung zu bestimmen ist bzw. was genau die Berechnungsgrundlage ist. Dabei ist die Situation immer dann klar, wenn es sich um eine einzige Dienstleistung durch einen einzigen Dienstleistungserbringer handelt, wie etwa eine bestimmte Dienstleistung bei einem Hausbau. Ebenso ergibt sich aus Art. 21 Abs. 1 Anhang I FZA, dass bei „unterbrochenen“ Dienstleistungen – also mehreren Leistungen im Rahmen eines Vertrages – die Dauer

der verschiedenen Einzelleistungen zusammenzuzählen ist. Unklar ist die Situation aber bei der Erbringung von Dienstleistungen durch Unternehmen, die an eine Vielzahl von Dienstleistungsempfängern jeweils einzelne, an sich getrennte Dienstleistungen erbringen, die jede für sich genommen die 90 Tage im Jahr nicht überschreiten, zusammengekommen aber schon. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die 90 Tage sich auf jede einzelne Dienstleistung oder auf die Gesamtheit der von einem Dienstleistungsunternehmen in anderen Vertragsstaaten erbrachten Leistungen beziehen. Der Text der Art. 5 Abs. 1 FZA, Art. 17 und 21 Anhang I FZA stellt zwar auf die Dauer der Dienstleistungen ab. Jedoch wird in Art. 5 Abs. 1 FZA auf die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Dienstleistungserbringer, deren Dauer insgesamt 90 Tage nicht überschreitet, Bezug genommen, und der die Berechnung definierende Art. 21 Anhang I FZA spricht von ununterbrochenen oder „aufeinanderfolgenden“ Dienstleistungen, was für das Abstellen auf die Dauer aller Dienstleistungen spricht. Weiter ist zu beachten, dass die 90-Tage-Regel offensichtlich vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass man die Dienstleistungen nur beschränkt liberalisieren wollte; stellte man nun auf die Dauer jeder einzelnen Dienstleistung ab, so wäre die Erbringung von Dienstleistungen letztlich kaum beschränkt bzw. sehr weitgehend liberalisiert. Daher spricht Vieles dafür, dass sich die 90 Tage auf die Gesamtheit der von einem Unternehmen oder einer Person erbrachten Dienstleistungen beziehen.

Im Rahmen der „90-Tage-Regel“ stehen dem Dienstleistungserbringer und den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern für die Dauer der Erbringung der Dienstleistung ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat zur Erbringung der Dienstleistung zu. In Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen von „entsandten Arbeitnehmern“ wird auf die „Entsenderichtlinie“ (RL 96/71/EG<sup>31</sup>) verwiesen. Weiter regeln Art. 20, 23 Anhang I FZA noch Fragen der Aufenthaltserlaubnis für den Dienstleistungserbringer und seine Arbeitnehmer. Auf die Tragweite dieser Rechte wird noch im Einzelnen eingegangen werden.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> ABl. 1997 L 18, 1.

<sup>32</sup> Unten D.

## **D. Die Tragweite des FZA im Bereich der Arbeitnehmerentsendung**

Auf der Grundlage der bislang angestellten Untersuchungen ist davon auszugehen, dass – sieht man von der 90-Tage-Regelung und den Bereichsausnahmen (vgl. Art. 22 Abs. 1 und 3 Anhang I FZA) ab, Ausnahmen, auf die im Folgenden nicht mehr Bezug genommen wird – die Tragweite der Dienstleistungsfreiheit im Unionsrecht einerseits und im Freizügigkeitsabkommen andererseits parallel ausgestaltet ist. Daher kommt diese Parallelität auch in Bezug auf die Zulässigkeit von Beschränkungen der Arbeitnehmerentsendung – worunter im Folgenden die Entsendung von Arbeitnehmern aus einem EU-Staat in einen anderen EU-Staat oder die Schweiz zur Erbringung von Dienstleistungen verstanden wird – zum Zuge. Deshalb soll im Folgenden zunächst die Rechtsprechung des EuGH auf diesem Gebiet nachgezeichnet werden (I.), ist doch davon auszugehen, dass diese im Rahmen des Abkommens relevant und zu beachten ist,<sup>33</sup> bevor im Einzelnen auf einige ausgewählte, möglicherweise problematische Aspekte der Regelung der Arbeitnehmerentsendung in der Schweiz eingegangen wird (II.).

### **I. Zur Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Arbeitnehmerentsendung**

#### **1. Eröffnung des Schutzbereichs der Dienstleistungsfreiheit**

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat Teil der Dienstleistungsfreiheit.<sup>34</sup> Vor diesem

---

<sup>33</sup> Vgl. die Ausführungen oben B., C.I., sowie im Einzelnen in Bezug auf die verschiedenen, der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmenden Grundsätze *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, 2009, 20 ff.

<sup>34</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905; EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803; EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade),



Hintergrund stellen mitgliedstaatliche Massnahmen, die in der einen oder anderen Form die Entsendung von Arbeitnehmern im Zuge der Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit beschränken, einen Eingriff in Art. 56 AEUV dar, ziehen sie doch die Konsequenz nach sich, dass die Erbringung der jeweiligen Dienstleistung erschwert oder gar verunmöglicht wird. Auf der Grundlage der Auslegung des Art. 56 AEUV als Beschränkungsverbot liegt dieser Eingriff unabhängig davon vor, ob die entsprechende Massnahme diskriminierend ausgestaltet ist oder nicht. Der EuGH sah z.B. folgende Massnahmen als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit an:

- Erfordernis einer Arbeitsgenehmigung für aus Drittstaaten stammende entsandte Arbeitnehmer;<sup>35</sup>
- Meldepflicht für im Ausland ansässige Zeitarbeitsunternehmen, die neben Beginn und Dauer der Arbeitnehmerüberlassung auch den Einsatzort und jeden Wechsel dieses Ortes umfasst;<sup>36</sup>
- Verpflichtung der Abführung von Beiträgen für „Treumarken“ und „Schlechtwettermarken“ für entsandte Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat;<sup>37</sup>
- Verpflichtung zur Führung von Personalunterlagen und zur Bereithaltung von Personal- und Arbeitsunterlagen im Aufnahmestaat;<sup>38</sup>
- Verpflichtung zur Bestellung eines im Inland ansässigen *ad hoc*-Vertreters zum Zwecke der Hinterlegung der für Kontrollen durch die zuständigen nationalen Stellen notwendigen Unterlagen;<sup>39</sup>
- Verpflichtung zur Zahlung tarifvertraglicher Löhne im Falle der Wahrnehmung öffentlicher Aufträge;<sup>40</sup>

---

Slg. 1999, I-8453; EuGH, Rs. C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189; EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191; EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095; EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert/Land Niedersachsen), Slg. 2008, I-1989; EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191; EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905.

<sup>38</sup> EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095.

<sup>39</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323.

- Verpflichtung zur „Vorabanzeige“ der Erbringung von Dienstleistungen durch entsandte Arbeitnehmer;<sup>41</sup>
- Verpflichtungen, die zusätzliche Kosten bzw. zusätzliche administrative und wirtschaftliche Belastungen für die Dienstleistungserbringer bzw. die Arbeitnehmer entsendenden Unternehmen mit sich bringen.<sup>42</sup>

## 2. *Rechtfertigung*

Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit können auf der Grundlage der einschlägigen ständigen Rechtsprechung des EuGH durch Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) oder aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden.<sup>43</sup> Allerdings können direkt diskriminierende Massnahmen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur durch Gründe gerechtfertigt werden, die in einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung enthalten sind,<sup>44</sup> so dass im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit nur die (eng auszulegenden) Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit in Betracht kommen. Jedenfalls muss die jeweilige nationale Massnahme den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes genügen, also

---

<sup>40</sup> EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert/Land Niedersachsen), Slg. 2008, I-1989.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189, Rn. 24; EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte Sociedade/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse), Slg. 2001, I-7831, Rn. 30.

<sup>43</sup> Vgl. für den Bereich der Arbeitnehmerentsendung EuGH, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905; EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803; EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453; EuGH, Rs. C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189; EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191; EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095; EuGH, Rs. C-346/06 (Rüffert/Land Niedersachsen), Slg. 2008, I-1989; EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323.

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925, Rn. 24; EuGH, Rs. C-451/99 (Cura Anlagen), Slg. 2002, I-3193, Rn. 31; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095, Rn. 86. Die Rechtsprechung ist hier jedoch nicht ganz eindeutig, vgl. noch die Bemerkungen sogleich im Text und die Nachweise in Fn. 50 ff.

insbesondere geeignet und erforderlich zur Verfolgung des jeweiligen Zwecks sein.<sup>45</sup>

Die Frage der Rechtfertigung nationaler Massnahmen, die die Entsendung von Arbeitnehmern zur Erbringung von Dienstleistungen in andere Mitgliedstaaten beschränken, war bereits verschiedentlich Gegenstand von Urteilen des EuGH,<sup>46</sup> wobei folgende Aspekte von besonderer Bedeutung sein dürften:

- Das Erfordernis einer vorherigen Arbeitsgenehmigung für aus einem anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer könne grundsätzlich durch den Schutz der sozialen Sicherheit und das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, gerechtfertigt werden. Eine solche Massnahme sei aber unverhältnismässig, da entsprechende Anzeigepflichten genügen. Im Übrigen dürfe der freie Dienstleistungsverkehr in bestimmten Sektoren nicht „illusorisch“ gemacht werden.<sup>47</sup> Dieser Ansatz erinnert etwas an das Konzept des Kerngehalts aus der Grundrechtsdogmatik.
- Ebenso sei es unverhältnismässig, für aus einem anderen EU-Mitgliedstaat zur Erbringung einer Dienstleistung entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten ein Visum zu verlangen, da das damit verfolgte „Kontrollanliegen“ durch ein milderes, aber gleich wirksames Mittel, nämlich die Verpflichtung zur Abgabe einer vorherigen einfachen Erklärung durch das in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, verfolgt werden könne.<sup>48</sup>
- Die Verpflichtung zu einer „Vorabanzeige“ des Einsatzes von entsandten Arbeitnehmern, verbunden mit der Pflicht der Zugänglichmachung einer Reihe von Informationen, könne zwar grundsätzlich durch das Anliegen, die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften sicherzustellen, gerechtfertigt werden. Jedoch scheide eine Rechtfertigung aus, wenn ein solches Vorabanzeigeverfahren

---

<sup>45</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang zum Verhältnis zwischen den primärrechtlichen Garantien und der RL 96/71/EG (Entsenderichtlinie) *Epiney/Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und FZA (Fn. 33), 25.

<sup>46</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 43.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191. S. auch EuGH, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803.

<sup>48</sup> EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885.

unklar ausgestaltet ist (etwa in Bezug auf die Pflicht, vor der Aufnahme der Arbeit eine Reihe von Informationen zugänglich zu machen, wenn der Zeitraum, innerhalb dessen diese Pflicht zu erfüllen ist, unklar ist). Denn dadurch könnten Unternehmen von der Wahrnehmung ihrer Dienstleistungsfreiheit abgehalten werden, jedenfalls dann, wenn die Nichteinhaltung dieser Vorgaben mit nicht unerheblichen Sanktionen verbunden ist.<sup>49</sup> Man wird verallgemeinernd aus diesen Grundsätzen ableiten können, dass eine unklare Ausgestaltung von Kontrollmechanismen bzw. -verpflichtungen grundsätzlich gegen Art. 56 AEUV verstösst, jedenfalls soweit ihre Nichteinhaltung mit erheblichen Sanktionen verbunden ist. Andererseits dürfte die Rechtsprechung aber auch den Schluss nahe legen, dass eine Rechtfertigung (direkt) diskriminierender Regelungen (die also nur für im Ausland ansässige Dienstleister zum Zuge kommen) grundsätzlich durch das Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben gerechtfertigt werden kann, wobei dieses Anliegen als Teil der öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 52 AEUV angesehen werden könnte.

In Bezug auf die Frage der Rechtfertigungsmöglichkeiten diskriminierender Regelungen ist die Rechtsprechung jedoch nicht ganz klar: In der Rs. C-490/04<sup>50</sup> hatte der Gerichtshof nämlich in Bezug auf die gesetzlich verankerte Verpflichtung für im Ausland ansässige Zeitarbeitsunternehmen, neben Beginn und Dauer der Arbeitnehmerüberlassung auch den Einsatzort und jeden Wechsel dieses Ortes zu melden, betont, es handle sich um eine nicht unterschiedslos anwendbare (also offenbar um eine direkt diskriminierende) Massnahme, die nur durch die in Art. 52 AEUV aufgeführten Gründe gerechtfertigt werden könne, von denen aber keiner vorgetragen worden sei, dies obwohl der beklagte Mitgliedstaat auf die Notwendigkeit wirksamer Kontrollen der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften hingewiesen hatte. Interessanterweise aber – und insofern in Übereinstimmung mit der Rs. C-319/06<sup>51</sup>, in der der Gerichtshof i.Erg. davon ausgehen dürfte, dass auch direkt diskriminierende Massnahmen durch das Anliegen wirksamer Kontrollen gerechtfertigt werden können, wenn auch an die Verhältnismässigkeit hohe Anforderungen gestellt werden<sup>52</sup> – erachtete der Gerichtshof aber in dem-

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095.

<sup>51</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323.

<sup>52</sup> S. so auch schon EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte Sociedade/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse), Slg. 2001, I-7831, Rn. 70 ff., wo der EuGH festhält, dass die Pflicht von im Ausland ansässiger Un-

selben Urteil die ebenfalls direkt diskriminierende Verpflichtung nur ausländischer Arbeitgeber, bestimmte Unterlagen zu übersetzen und auf der Baustelle des Aufnahmemitgliedstaates bereitzuhalten, für gerechtfertigt, da diese Massnahme der Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben diene. Setzt man diese Rechtsprechung in Bezug zur sonstigen Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung,<sup>53</sup> so kann man wohl grundsätzlich formulieren, dass die Notwendigkeit der Kontrolle der Einhaltung der für die Arbeitnehmerentsendung geltenden Regeln angesichts des Zusammenhangs solcher Regeln und ihrer Einhaltung mit dem sozialen Frieden durchaus im Interesse der Wahrung der öffentlichen Ordnung erfolgen kann, so dass Art. 52 AEUV einschlägig sein kann.

- Eine automatische Anpassung anderer Löhne als der von Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) RL 96/71/EG erfassten Mindestlöhne (etwa die automatische Anpassung der Entlohnung an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten) könne grundsätzlich nicht durch Gründe des öffentlichen Interesses gerechtfertigt werden, da unklar sei, inwiefern eine solche Anpassung tatsächlich zum sozialen Frieden beitragen könne und inwiefern den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen werde. Auch könnten unter Berufung auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht allgemein die zwingenden Bestimmungen des nationalen Rechts auf dem Gebiet der Tarifverträge zu zwingenden Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung erklärt werden.<sup>54</sup>
- Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit trage jedenfalls ein Erfordernis bzw. ein Anliegen, dem bereits im Herkunftsstaat entsprochen wird, nicht Rechnung.<sup>55</sup>
- Eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder zwingenden Interessen des Allgemeinwohls komme von vornherein

---

ternehmen zur Erteilung zusätzlicher Auskünfte (im Vergleich zu den den einheimischen Unternehmen obliegenden Verpflichtungen) aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könne (unter Vorbehalt der Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes).

<sup>53</sup> Wonach die öffentliche Ordnung nur dann betroffen ist, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft berührt ist, das über diejenige Gefährdung hinausgeht, die notwendigerweise mit jedem Verstoß gegen nationale Rechtsvorschriften einhergeht; vgl. grundlegend EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999, Rn. 33/35; vgl. sodann etwa EuGH, Rs. C-514/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2006, I-963, Rn. 23 ff.

<sup>54</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323.

<sup>55</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323. S. auch schon EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453.

nur dann in Betracht, wenn die betreffenden Anforderungen hinreichend genau und einfach zugänglich sind, so dass (auch) der ausländische Arbeitgeber ihnen leicht nachkommen kann.<sup>56</sup>

- Die Verpflichtung von entsendenden Unternehmen, zum Zwecke der Hinterlegung der für Kontrollen durch die zuständigen nationalen Stellen notwendigen Unterlagen einen im Inland ansässigen *ad hoc*-Vertreter zu bestellen, sei nicht mit Art. 56 AEUV vereinbar. Denn diese Verpflichtung bringe einen zusätzlichen Verwaltungs- und Finanzaufwand mit sich, der nicht durch Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften gerechtfertigt werden könne. Es sei nicht nachgewiesen, dass allein die Aufbewahrung der fraglichen Unterlagen durch einen im Inland ansässigen Vertreter den Behörden die ihr obliegenden Kontrollen gestatte, zumal wenn im Aufnahmemitgliedstaat keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt sind.<sup>57</sup>
- Hingegen verbiete es das Unionsrecht den Mitgliedstaaten nicht, die Beachtung der eigenen allgemeinverbindlichen Mindestregelungen mit geeigneten und erforderlichen Mitteln durchzusetzen. Daher sei die Pflicht zur Übermittlung bestimmter Unterlagen über das Arbeitsverhältnis, die entsandten Arbeitnehmer sowie ihre Bereitstellung am Arbeitsort oder an einem anderen Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates zwecks Durchführung behördlicher Kontrollen grundsätzlich zulässig. Auch die Erteilung zusätzlicher Auskünfte sowie die Bereithaltung der Unterlagen in der Sprache des Aufenthaltsstaates könne verlangt werden.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453.

<sup>57</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323; s. auch schon EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453.

<sup>58</sup> EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453; EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte Sociedade/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse), Slg. 2001, I-7831; EuGH, Rs. C-490/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6095.

## II. Zur Vereinbarkeit ausgewählter Aspekte des „Entsenderechts“ in der Schweiz mit den Vorgaben des FZA

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen sollen im Folgenden ausgewählte Vorgaben des schweizerischen Rechts bzw. Massnahmen schweizerischer Behörden im Bereich der Arbeitnehmerentsendung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen geprüft werden. Im Einzelnen erscheinen vor dem Hintergrund der skizzierten Vorgaben des Unionsrechts insbesondere folgende Themenkomplexe besonders interessant: Meldepflicht (1.), Kontrollverfahren (2.), Auferlegung gewisser Kosten (3.) sowie das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern (4.).<sup>59</sup>

### 1. Meldepflicht

Art. 6 EntsG<sup>60</sup> und Art. 6 EntsV<sup>61</sup> sehen für Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland eine Meldepflicht und ein entsprechendes Meldeverfahren vor, wobei folgende Aspekte von besonderer Bedeutung sind:

- Die Meldepflicht nach Art. 6 EntsG, Art. 6 EntsV greift von vornherein nur dann, wenn ein im EU-Ausland ansässiger Arbeitgeber zur Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung „seine“ Arbeitnehmer in die Schweiz entsendet.
- Die Meldung hat vor Beginn der Erbringung der Dienstleistung an die zuständige kantonale Behörde in schriftlicher Form mit dem amtlichen Formular in der Amtssprache des Einsatzortes zu erfolgen. Sie muss insbesondere die Identität der entsandten Personen, die in der Schweiz ausgeübte Tätigkeit und den Ort, an dem die Arbeit ausgeführt wird, enthalten. Zusätzlich muss der ausländische

---

<sup>59</sup> Die Rechtsgrundlagen der hier einschlägigen schweizerischen Regelungen sind Teil der sog. „flankierenden Massnahmen“, die befürchtete (möglicherweise) negative Auswirkungen der Einführung der Personenfreizügigkeit „abfedern“ sollen. Vgl. für einen Überblick über diese Massnahmen *Epiney/Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und FZA (Fn. 33), 28 f.

<sup>60</sup> Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Entsendegesetz), SR 823.20.

<sup>61</sup> Entsendeverordnung, SR 823.201.

Arbeitgeber eine Erklärung beilegen, in der er bestätigt, die minimalen Arbeits- und Lohnbestimmungen nach Art. 2, 3 EntsG zur Kenntnis genommen zu haben, und sich verpflichtet, diese einzuhalten (Art. 6 Abs. 2 EntsG).

- Das Meldeverfahren ist grundsätzlich für alle Arbeiten obligatorisch, die länger als acht Tage pro Kalenderjahr dauern. Es gibt jedoch Branchen, bei welchen immer eine Meldung erfolgen muss, und zwar unabhängig von der Dauer der Arbeiten (Art. 6 Abs. 1 und 2 EntsV). Dies gilt für folgende Wirtschaftszweige: das Bauhaupt- und das Baunebengewerbe, das Gastgewerbe, das gewerbliche und das private Reinigungsgewerbe, das Reisengewerbe, den Sicherheits- und Überwachungsdienst sowie das Erotikgewerbe (Art. 5, Art. 6 Abs. 2 lit. a) – d) EntsV).
- Nach Art. 6 Abs. 3 EntsG darf die Arbeit frühestens acht Kalendertage nach der Meldung des Einsatzes aufgenommen werden. Eine Arbeitsaufnahme vor Ablauf der achttägigen Frist ist aber ausnahmsweise (ausschliesslich) in den in Art. 6 Abs. 3 EntsV genannten Fallgestaltungen zulässig, die nach dem Wortlaut der Verordnung auf „Notfälle“ (wie Reparaturen, Unfälle oder Naturkatastrophen) sowie andere nicht vorhersehbare Ereignisse beschränkt sind. Frühestens kann die Arbeit jedoch am Tag der Meldung aufgenommen werden.
- Im Falle des Verstosses gegen die genannten Vorgaben kann die zuständige Behörde eine Verwaltungsbusse bis zu CHF 5'000 aussprechen (Art. 9 EntsG).

Diese Meldepflicht<sup>62</sup> (zudem verbunden mit einer grundsätzlichen „Wartefrist“) stellt unzweifelhaft eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs – so wie diese in Art. 5 Abs. 1, 2 FZA, Art. 17 Anhang I FZA verboten ist – dar, führt sie doch dazu, dass die Ausübung grenzüberschreitender Dienstleistungen zumindest potentiell behindert bzw. beschränkt wird. Daher sind die diese Materie betreffenden Vorgaben in Art. 6 EntsG, Art. 6, 7 EntsV und ihre Anwendung an den Vorgaben des Abkommens zu prüfen. Zu beachten ist dabei, dass diese Meldepflicht

---

<sup>62</sup> Die Meldepflicht dürfte im Übrigen mit der in der Rs. C-319/06, EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323, als Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit qualifizierten „Vorabanzeige“ vergleichbar sein.



nur für ausländische Arbeitgeber gilt, so dass es sich zudem um eine direkt diskriminierende Regelung handelt.

Diese Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit könnten jedoch gerechtfertigt sein: Die skizzierten Regelungen dienen in erster Linie dazu, die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch den Arbeitgeber zu ermöglichen. Die „Wartefrist“ von acht Tagen soll es den kantonalen Behörden ermöglichen, die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben auch tatsächlich zu überprüfen.<sup>63</sup> Dieses Anliegen einer wirksamen Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben kann grundsätzlich im Rahmen der öffentlichen Ordnung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen, so dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Art. 5 Anhang I FZA).

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass nach der Rechtsprechung des EuGH auch direkt diskriminierende „Kontrollregelungen“ im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerentsendung grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich sein können.<sup>64</sup> Daher kann das mit der skizzierten Regelung im Entsendegesetz und in der Entsendeverordnung verfolgte Ziel einer wirksamen Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben als zulässiger Rechtfertigungsgrund im Rahmen des Anliegens der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung angesehen werden,<sup>65</sup> jedenfalls soweit es – was in Bezug auf die bei einer Arbeitnehmerentsendung zu beachtenden Vorgaben vertretbar sein dürfte – um ein Grundinteresse der Gesellschaft berührende Vorgaben geht.

Allerdings müssen die hier zur Debatte stehenden Regelungen den Anforderungen der Verhältnismässigkeit genügen, wobei die Geeignetheit im Hinblick auf das verfolgte Ziel einer wirksamen Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften unproblematisch sein dürfte. Fraglich könnte sein, ob die geltende Regelung auch erforderlich ist, also das (in Bezug auf die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit) mildeste Mittel zur Verfolgung des angestrebten Zwecks darstellt. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH dürften hier folgende Elemente entscheidend sein:

---

<sup>63</sup> Vgl. *Wiegelt*, in NZZ Online, 2.8.2008.

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323. S. hierzu schon oben D.I.2.

<sup>65</sup> In diese Richtung wohl auch KOM (2006)159 endg., 5 f.

- Zunächst ist die geltende Regelung hinreichend klar ausgestaltet.<sup>66</sup> Denn die Frist von acht Tagen ist klar geregelt, und gleiches dürfte für die in Art. 6 Abs. 3 EntsV vorgesehenen Ausnahmen, verbunden mit der Auflage, die Arbeiten frühestens am Tag der Anzeige aufzunehmen, gelten.
- Weiter lässt sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, dass Anzeigepflichten im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern nicht *a priori* unverhältnismässig sind, hat er sie doch in mindestens zwei Urteilen als im Vergleich zu Visumspflichten oder dem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis als mildere Mittel angesehen.<sup>67</sup> Dies überzeugt auch insofern, als solche Erklärungen – und bei der hier zur Debatte stehenden Meldepflicht handelt es sich um eine einfache Erklärung, da sich die Pflicht in der Meldung erschöpft und keine behördliche Genehmigung vorgesehen ist – die Behörden in die Lage versetzen sollen, die über die Entsendung mitgeteilten Informationen zu überprüfen, dies ggf. auch durch Kontrollen vor Ort. Da es den Behörden keinesfalls möglich ist, einen auch nur ungefähren Überblick über alle Arbeitnehmerentsendungen zu haben, der in allen Fällen eine Kontrolle ermöglichte, ist kein milderes Mittel ersichtlich, das solche Kontrollen erlaubte. Insofern dürfte also der Grundsatz der Meldepflicht mit dem Abkommen im Einklang stehen.

Zu beachten ist jedoch, dass sich eine solche Meldefrist nur in dem Fall rechtfertigen lässt, in dem das dienstleistende Unternehmen tatsächlich Arbeitnehmer einsetzt. Sofern die Arbeiten jedoch von dem selbständigen Unternehmer selbst durchgeführt werden, kann das Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben von Vornherein nicht greifen, da sich diese ja nur auf Arbeitnehmer beziehen. Insofern ist es folgerichtig, dass die in Art. 6 EntsG verankerte Meldepflicht nur dann zum Zuge kommt, wenn es um den Einsatz von entsandten Arbeitnehmern geht.

---

<sup>66</sup> Dies etwa im Gegensatz zu der in der Rs. C-319/06 zur Debatte stehenden luxemburgischen Regelung, die lediglich vorsah, dass eine Art Vorabanzeige „vor Aufnahme der Arbeit“ zu erfolgen hat, da aus dieser Formulierung der Zeitraum gerade nicht hervorgehe, vgl. EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323.

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191; EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885.

- Fraglich ist hingegen, ob die „Wartefrist“ von acht Tagen ab der Meldung bis zur Aufnahme der Tätigkeit – die neben der Meldepflicht selbst eine zusätzliche Erschwerung der Aufnahme der Dienstleistung impliziert – den Anforderungen der Erforderlichkeit genügt. Dafür könnte sprechen, dass diese acht Tage notwendig sind, um es der Behörde zu ermöglichen, im Vorfeld der Durchführung der Arbeiten die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zu kontrollieren. Auch könnte eine Kontrolle bei sehr kurzen, aber gleichwohl meldepflichtigen Dienstleistungen während der Dauer der Entsendung schwierig bis unmöglich sein. Auch wenn diese Erwägungen im Einzelfall zutreffen mögen, fällt es doch schwer zu erkennen, warum sie eine generalisierte Wartefrist – mit Ausnahme der sehr eng umschriebenen „Notfälle“ und unvorhersehbaren Ereignisse – zu begründen vermögen. Denn in vielen Fällen ist davon auszugehen, dass eine Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben ohne weiteres während der Durchführung der Dienstleistung möglich ist,<sup>68</sup> so dass jedenfalls eine generalisierte Wartefrist von acht Tagen den Anforderungen der Erforderlichkeit nicht entspricht.

Diese Schlussfolgerung wird noch dadurch bestätigt, dass es Konstellationen gibt, in denen die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit bzw. die Erbringung von Dienstleistungen vom Ausland aus mit entsandten Arbeitnehmern letztlich illusorisch ist, wenn die Wartefrist eingehalten werden muß. Zu denken ist hier insbesondere an die Situation auf Baustellen, wo eine nahtlose Durchführung von Arbeiten in der Regel schon aus Termingründen von höchster Bedeutung ist, gewisse Arbeiten jedoch erst nach Abschluss von Vorarbeiten durchgeführt werden können, deren Dauer häufig nicht genau geplant werden kann. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass eine Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dann

---

<sup>68</sup> S. in diesem Sinn auch die Ausführungen in EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191, Rn. 31: „Würde ein Dienstleistungsunternehmen verpflichtet, den örtlichen Behörden im Voraus die Anwesenheit eines oder mehrerer entsandter Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die der Entsendung zugrunde liegende(n) Dienstleistung(en) anzuzeigen, so wäre dies eine Massnahme, die ebenso wirksam wäre wie die fragliche Bedingung und zugleich weniger einschneidend. Sie würde es den betreffenden Behörden ermöglichen, die Einhaltung der luxemburgischen Vorschriften auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit während der Dauer der Entsendung zu kontrollieren und dabei die Verpflichtungen zu berücksichtigen, denen das Unternehmen bereits nach den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Regeln auf diesem Gebiet unterliegt“. Ähnlich EuGH, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, I-885, Rn. 41.

nicht in Betracht kommen kann, wenn der freie Dienstleistungsverkehr in bestimmten Sektoren „illusorisch“ gemacht wird.<sup>69</sup>

Vor diesem Hintergrund müssten also entweder die Ausnahmen in Art. 6 Abs. 3 EntsV erheblich erweitert oder die Regelung in Art. 6 EntsG modifiziert werden.

- Soweit es um die gesetzlich vorgesehenen Sanktionen geht, dürften diese soweit den Anforderungen des Freizügigkeitsabkommens entsprechen, als die Primärpflichten ebenfalls mit diesem im Einklang stehen; soweit dies nicht der Fall ist, untermauern sie noch den beschränkenden Charakter der nicht mit dem Abkommen vereinbaren nationalen Regelungen.

## 2. *Kontrollverfahren*

Die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen des Entsendegesetzes obliegt nach Art. 7 Abs. 1 EntsG je nach anwendbarer Rechtsquelle den jeweils spezifisch mit dieser Aufgabe betrauten Organen (tripartite Kommissionen, paritätische Organe sowie subsidiär die durch die Kantone bezeichneten Organe).<sup>70</sup> In unserem Zusammenhang sind insbesondere die dem dienstleistenden Unternehmen im Zusammenhang mit der Kontrolle obliegenden Verpflichtungen relevant:

- Nach Art. 7 Abs. 2 EntsG hat der Arbeitgeber den Kontrollorganen auf deren Verlangen alle Dokumente zuzustellen, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen für die entsandten Arbeitnehmenden belegen. Diese Bestimmung dürfte – auch im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 3 EntsG gesehen – davon ausgehen, dass es genügt, wenn die erforderlichen Angaben in bestehenden Unterlagen enthalten sind und den Behörden in verständlicher und geordneter Form vorgelegt werden können.
- Falls die notwendigen Unterlagen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 EntsG nicht oder nicht mehr vorhanden sind, so hat der Arbeitgeber das Einhalten der gesetzlichen Bestimmungen auf andere Art und Weise

---

<sup>69</sup> EuGH, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, I-10191. S. schon oben D.I.2.

<sup>70</sup> Vgl. hierzu etwa *Jürg Marcel Tiefenthal*, Flankierende Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes, 2008, 125 f.

zu beweisen, es sei denn, ihn treffe am Verlust der Unterlagen kein Verschulden (Art. 7 Abs. 3 EntstG).

- Der Arbeitgeber muss den Kontrollorganen jederzeit freien Zutritt zum Arbeitsplatz und zu den Verwaltungsräumen gewähren, Art. 7 Abs. 4 EntstG.
- Schliesslich sieht Art. 8 EntstV spezifisch in Bezug auf den Nachweis der Zahlung der Sozialbeiträge im Ausland vor, dass in bestimmten Fallkonstellationen – im Wesentlichen bei Vorliegen von Verdachtselementen – vom ausländischen Arbeitgeber der Nachweis zu erbringen ist, dass er die Zahlung der Sozialbeiträge im Ausland effektiv geleistet hat.

Diese Verpflichtungen stellen grundsätzlich eine Beschränkung der im FZA gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit dar, da sie für die betroffenen Unternehmen Aufwand und Kosten mit sich bringen.

Auch hier ist aber die Rechtfertigung zu prüfen: Die genannten Verpflichtungen sollen es den Kontrollbehörden ermöglichen, tatsächlich die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben überprüfen zu können, so dass hier – parallel wie in Bezug auf die Meldepflicht<sup>71</sup> – grundsätzlich das Anliegen der öffentlichen Ordnung zum Zuge kommt.

Entscheidend dürfte daher auch in diesem Zusammenhang die Frage nach der Verhältnismässigkeit dieser „Kontrollpflichten“ sein: Während von ihrer Geeignetheit zur Erreichung dieser Zielsetzung grundsätzlich auszugehen ist, könnte die Erforderlichkeit hingegen fraglich sein, da die Einreichung der Unterlagen möglicherweise über das hinausgeht, was tatsächlich zur Verifizierung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben notwendig ist. Der jederzeitige Zugang zum Arbeitsplatz könnte insofern zu weit gehen, als ein angemeldeter Besuch die notwendigen Kontrollen ermöglichen könnte.

Analysiert man jedoch die gesetzlichen Vorgaben selbst, so dürften diese den Anforderungen der Erforderlichkeit entsprechen: Denn der Gesetzgeber sieht lediglich vor, dass diejenigen Dokumente vorzulegen sind, die „die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ belegen (Art. 7 Abs. 2 EntstG). Man wird daraus folgern dürfen, dass eben nur solche Dokumente ver-

---

<sup>71</sup> So dass in Bezug auf die grundsätzliche Einschlägigkeit dieses Rechtfertigungsgrundes auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann, s.o. D.II.1.

langt werden können, so dass Dokumente, die zum Nachweis der Einhaltung dieser Bedingungen nicht notwendig sind, gerade nicht erfasst sind. Auch muss die Vorlage eines Dokuments – sofern daraus die gewünschten Nachweise bzw. Informationen hervorgehen – genügen, so dass nicht mehrere bzw. zusätzliche Dokumente über dieselbe Frage verlangt werden dürfen. Insoweit dürfte diese Vorlagepflicht den Anforderungen der Erforderlichkeit entsprechen, da nur über die Vorlage solcher Dokumente die Einhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewährleistet werden kann. Was den jederzeitigen Besuch am Arbeitsplatz betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass wohl nur auf diesem Weg tatsächlich die Einhaltung der Bestimmungen über die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz kontrolliert werden kann, da eine Voranmeldung es dem Arbeitgeber ermöglichte, allfällige Verstösse zu „kaschieren“.

Im Ergebnis steht daher Art. 7 EntsG mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens im Einklang. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung auch in der Praxis entsprechend (abkommenskonform) anzuwenden ist.

Auch die Rechtsprechung des EuGH dürfte die hier vertretene Ansicht bestätigen. Denn der Gerichtshof geht grundsätzlich davon aus, dass die Hinterlegung oder Zurverfügungstellung gewisser Unterlagen im Hinblick auf die Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben mit Art. 56 AEUV im Einklang steht.<sup>72</sup>

### 3. *Auferlegung gewisser Kosten*

Nach Art. 8a S. 1 EntsV haben ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, die Beiträge an die Kontroll- und Vollzugskosten, die ein für allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Arbeitgebern und Arbeitnehmern auferlegt, zu entrichten. Weiter müssen sie gegenüber den durch den GAV eingesetzten paritätischen Organen für die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerbeiträge aufkommen (Art. 8a S. 2 EntsV).

---

<sup>72</sup> EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, I-4323; s. auch schon EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453. S. oben D.I.2.

Der Hintergrund dieser Verpflichtung ist darin zu sehen, dass die entsandten Arbeitnehmer bzw. deren Arbeitgeber der Verpflichtung unterstellt werden sollen, die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen festgelegten Vollzugskostenbeiträge zu entrichten. Diese Unterstellung wird durch zwei Erwägungen gerechtfertigt: Auf der einen Seite ergibt sich aus der Anwesenheit der entsandten Arbeitnehmer ein Mehraufwand an Arbeit für die Sozialpartner, welche damit betraut sind, über die Anwendung der Bestimmungen „ihrer“ Gesamtarbeitsverträge zu wachen. Auf der anderen Seite sollten diejenigen Massnahmen ergriffen werden, die zur Gewährleistung einer fairen Konkurrenz zwischen nationalen und ausländischen Unternehmen notwendig sind.<sup>73</sup>

Neben den paritätischen Kommissionen, kontrollieren auch die kantonalen Behörden die Einhaltung des Entsendegesetzes. Die kantonalen Behörden können den fehlbaren Arbeitgebern, gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. c) EntsG, die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegen. Es handelt sich dabei um die Kontrollkosten der kantonalen Behörden. Diese Verfahrenskosten richten sich nach kantonalen Gesetzen und sind nicht Gegenstand des Entsendegesetzes oder seiner Verordnung. Eine verbindliche Weisung des SECO zur Bemessung der Kontrollkosten liegt nicht vor.<sup>74</sup> Die kantonalen Stellen, welche die Kontrollkosten in Rechnung stellen, sind die für den Vollzug der flankierenden Massnahmen zuständigen Stellen. Meist handelt es sich dabei um die kantonalen Arbeitsämter.<sup>75</sup>

Weiter kann von im Ausland ansässigen Arbeitgebern, die Arbeitnehmer zur Entsendung von Dienstleistungen in die Schweiz schicken, die Leistung einer Kautions verlangt werden. Diese dient der Sicherstellung der Vollstreckung von Forderungen, die in Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen gegen den Arbeitgeber entstehen.<sup>76</sup>

Auch wenn es hier im Ansatz um vertragliche Lösungen geht, sind sie am Massstab des Freizügigkeitsabkommens zu messen: Denn unabhängig von

---

<sup>73</sup> Erläuternder Bericht zum Verordnungsentwurf über die Revision der Verordnung zum Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003, 4.

<sup>74</sup> Vgl. *SECO*, Kommentar, Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, 46.

<sup>75</sup> Vgl. die Übersicht der kantonalen Arbeitsämter unter [www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/die\\_oe/kontakt/kantonale\\_behoerden/adressen\\_kantone\\_und.html](http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/die_oe/kontakt/kantonale_behoerden/adressen_kantone_und.html).

<sup>76</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen m.w.N. zu den Rechtsgrundlagen *Epiney/Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und FZA (Fn. 33), 35 f.

der Frage einer direkten Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit<sup>77</sup> ist es in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, dass jedenfalls kollektive Regelungen – worunter solche Regelungen zu verstehen sind, die nicht individuell ausgehandelt werden, was für die hier relevanten Bestimmungen der Fall ist – am Massstab der Grundfreiheiten zu messen sind.<sup>78</sup> Dieser Grundsatz ist vor dem Hintergrund des Prinzips der parallelen Auslegung von Abkommen und EU-Recht – soweit im Abkommen unionsrechtliche Begriffe übernommen werden – und auf der Grundlage von Art. 16 Abs. 2 FZA auf das Abkommen übertragbar.<sup>79</sup>

Da die Verpflichtung zur Leistung eines bestimmten Geldbetrags – sei es nun als „Beitrag“ oder als Kautions – für die betroffenen Unternehmen entsprechende Kostenfolgen nach sich zieht, führen die genannten Massnahmen – seien sie nun diskriminierend ausgestaltet oder nicht – zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

In Bezug auf die somit (auch hier) entscheidende Frage, ob die skizzierten Regelungen gerechtfertigt werden können und damit mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens in Einklang stehen, ist zwischen der Auferlegung der Kontroll- und Vollzugskosten (a) und der Frage der Kautions (b) zu unterscheiden.

#### *a) Zur Auferlegung von Kontroll- und Vollzugskosten*

Durch die Auferlegung der Kontroll- und Vollzugskosten sollen – wie erwähnt – in erster Linie die den Sozialpartnern durch die Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen Verpflichtungen entstehenden Kosten gedeckt werden, womit einerseits die Frage nach der Einschlägigkeit dieses Anliegens als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls (aa), andererseits – im Falle der Bejahung dieser Frage – diejenige nach der Verhältnismässigkeit der skizzierten Massnahmen (bb) aufgeworfen wird.

---

<sup>77</sup> Vgl. in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-281/98 (Angonse), Slg. 2000, I-4161.

<sup>78</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921; EuGH, Rs. C-51/96 (Deliège), Slg. 2000, I-2549; EuGH, Rs. C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, I-2681; EuGH, Rs. 309/99 (Wouters), Slg. 2002, I-1577.

<sup>79</sup> Ebenso mit ausführlicher Begründung *Vincent Martenet/Véronique Boillat, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes*, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, 2008, 311 (327 ff.).



*aa) Zur Kostendeckung als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls*

Fraglich könnte hier zunächst sein, ob das Anliegen der „Kostendeckung“ ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses darstellt, da es sich hier um einen sogenannten „wirtschaftlichen Grund“ handeln könnte, der Einschränkungen der Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen vermag.<sup>80</sup> Der EuGH sah etwa auch das Anliegen der (vollständigen) Kostendeckung öffentlicher Einrichtungen als wirtschaftlichen Grund an, dies allerdings im Zusammenhang mit dem Argument, im Inland ansässige Personen trügen über das Zahlen von Steuern bereits zur Kostendeckung der entsprechenden Einrichtungen bei.<sup>81</sup> Auch geht der Gerichtshof im Zusammenhang mit Art. 30 AEUV (Verbot von Abgaben gleicher Wirkung wie Ein- und Ausfuhrzölle) in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Gebühren, die für Tätigkeiten erhoben werden, die im Allgemeinwohl liegen, nicht als Gegenleistung für eine tatsächlich erbrachte Leistung angesehen werden könnten, würden hier doch allgemeine öffentliche Aufgaben wahrgenommen, so dass es nicht um einen im Interesse des Importeurs geleisteten tatsächlichen Dienst gehe, was etwa bei gesundheitspolizeilichen Kontrollen der Fall sei.<sup>82</sup> Diese Rechtsprechung bezieht sich durchwegs auf staatliche Aktivitäten, wobei sich der Staat seinen (unionsrechtlichen) Bindungen aber nicht dadurch entziehen kann, dass er staatliche Aufgaben auf Private überträgt, so dass im Rahmen der Art. 28, 30 AEUV auch solche Gebühren nicht überwältzt werden dürfen, die sich aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch einen Privaten ergeben, auch wenn die Gebühr nicht vom Staat eingeführt bzw. erhoben wird, sondern auf einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Privaten beruht.<sup>83</sup>

Im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit – oder auch mit anderen Grundfreiheiten – hat sich der EuGH bislang (soweit ersichtlich) noch nicht ausdrücklich zur Problematik, ob der Staat oder gewisse Pri-

---

<sup>80</sup> Hierzu nur EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikou), Slg. 1997, I-3091.

<sup>81</sup> EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721.

<sup>82</sup> EuGH, Rs. 132/78 (Denkavit), Slg. 1979, 1923, Rn. 7; EuGH, Rs. 314/82 (Kommission/Belgien), Slg. 1984, 1543, Rn. 12.

<sup>83</sup> EuGH, Rs. C-16/94 (Dubois), Slg. 1995, I-2421, Rn. 21.

vate für im öffentlichen Interessen liegende Leistungen Gebühren verlangen dürfen bzw. ob in einem solchen Fall ein wirtschaftlicher Grund im Sinne der Rechtsprechung vorliegt, geäußert.<sup>84</sup> Die erwähnte Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 30 AEUV dürfte wohl kaum für die Bestimmung derjenigen Gründe, die als wirtschaftliche Gründe in dem Sinn anzusehen sind, dass sie von vornherein keine Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen können, herangezogen werden können. Denn im Rahmen von Art. 30 AEUV geht es um das Verbot von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung, also um die Verpflichtung zu einer finanziellen Leistung aus Anlass des Grenzübertritts. Hingegen haben die Grundfreiheiten – insbesondere in ihrer Auslegung als Beschränkungsverbote – einen wesentlich weiteren materiellen Anwendungsbereich, und ihr Schutzzweck ist umfassender angelegt, was zu einer Ausweitung der Rechtfertigungsgründe führte, während ein Verstoß gegen Art. 30 AEUV von vornherein keiner Rechtfertigung zugänglich ist.<sup>85</sup> Insofern weisen die Grundfreiheiten einerseits und Art. 30 AEUV andererseits doch in Bezug auf ihre dogmatische Struktur erhebliche Unterschiede auf, die es verbieten, in Bezug auf die tatbestandliche Reichweite des Art. 30 AEUV entwickelte Grundsätze auf die Frage der Reichweite der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten zu übertragen. In der Sache dürften die besseren Gründe dagegen sprechen, bei dem Anliegen der Beteiligung der Wirtschaftsteilnehmer an den Kontroll- und Vollzugskosten – so wie sie hier zur Debatte stehen – von wirtschaftlichen Gründen auszugehen: Zwar handelt es sich bei den Kontrollen durch die Kommissionen<sup>86</sup> durchaus um öffentliche Aufgaben, da die Kommissionen durch Gesetz eingesetzt werden, das ihre Aufgaben umreißt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es um Privaten anfal-

---

<sup>84</sup> Hingegen stellte er auch im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern klar, dass wirtschaftliche Gründe (zu denen der Schutz einheimischer Unternehmen gegen den steigenden Wettbewerbsdruck im europäischen Binnenmarkt gehöre) keine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen könnten, vgl. EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98, C-68/98-C-71/98 (Finalarte Sociedade/Urlaubs- und Lohnausgleichskasse), Slg. 2001, I-7831, Rn. 38 f.

<sup>85</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-355/00 (Freskot), Slg. 2003, I-5263.

<sup>86</sup> Vgl. zu den Kommissionen und ihrer Rolle *Wolfgang Portmann*, Die flankierenden Massnahmen I und II zum Abkommen über die Freizügigkeit, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Protmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, 2007, 327 (332 ff.).

lende Kosten geht, zumal ihre Grundlage in Kollektivvereinbarungen zu suchen ist.<sup>87</sup> Andererseits aber hat der EuGH den Begriff der wirtschaftlichen Gründe im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten bislang in erster Linie im Sinne von protektionistischen Gründen ausgelegt.<sup>88</sup> Soweit die Frage zur Debatte stand, ob man Ortsansässige von gewissen Gebühren für öffentliche Einrichtungen befreien kann, hat er bislang eine Rechtfertigung nur dann abgelehnt, wenn dies mit dem allgemeinen Steueraufkommen durch Ortsansässige (ohne dass für eine bestimmte Leistung eine Gebühr zur Debatte stand) begründet wurde.<sup>89</sup> Hingegen ist nicht ersichtlich, dass der EuGH bislang allgemein eine (staatliche oder von durch ihn ermächtigte oder beauftragte Personen erhobene) Gebühr für eine bestimmte staatliche Leistung wegen ihrer Qualifizierung als wirtschaftlicher Grund keiner Rechtfertigung zugänglich erachtet hätte. So existieren denn auch in den Mitgliedstaaten zahlreiche Gebühren für staatliche Leistungen (etwa für die Ausstellung von Ausweisen oder die technische Kontrolle von Kraftfahrzeugen). Insofern dürfte die Erhebung einer Gebühr für eine bestimmte staatliche Leistung – auch wenn die Betroffenen sich dieser kaum oder nicht entziehen können – schon deshalb nicht als „wirtschaftlicher Grund“ angesehen werden, weil es hier nicht *per se* um eine protektionistische Massnahme, sondern um die (teilweise) Auferlegung bzw. Überwälzung bestimmter Kosten auf die Verursacher derselben geht.<sup>90</sup>

Es ist aber zuzugeben, dass für die Gegenansicht – wonach die Kontrolle und Vollzug in diesem Zusammenhang letztlich Aufgaben im staatlichen Interesse darstellen, so dass ihre „Überwälzung“ auf Private nicht mit dem Anliegen der Kostendeckung gerechtfertigt werden kann, da es sich um einen wirtschaftlichen Grund handelte – durchaus gewisse Argumente sprechen; jedenfalls ist diese Frage bislang weder im Sekundärrecht geregelt noch hat sich der EuGH im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerentsendung oder parallelen Fragestellungen – soweit ersichtlich – hierzu geäußert.

---

<sup>87</sup> Zur grundsätzlichen Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit zumindest in Bezug auf kollektive Regelungen schon oben D.II.3., am Anfang.

<sup>88</sup> EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikou), Slg. 1997, I-3091.

<sup>89</sup> EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721.

<sup>90</sup> Selbstredend sind aber bei der Ausgestaltung solcher Gebühren die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu beachten, s. noch sogleich unten D.II.3.a)bb).

*bb) Zur Verhältnismässigkeit*

Bei der Ausgestaltung solcher Beiträge an die Vollzugs- und Kontrollkosten ist aber jedenfalls dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen, wobei von der Geeignetheit der Verpflichtung zur Kostentragung im Hinblick auf die Deckung der durch die Kontrollen entstehenden Kosten auszugehen ist. In Bezug auf die Erforderlichkeit sind jedoch folgende Punkte zu beachten:

- Erstens dürfen die insgesamt erhobenen Kostenbeiträge die Höhe der effektiv anfallenden Kosten nicht übersteigen, würde doch in einem solchen Fall ein höherer Betrag als tatsächlich verursacht eingenommen.
- Zweitens muss darüber hinaus die Verteilung der Kosten auf die Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich in Abhängigkeit von den durch diese jeweils verursachten Kosten bzw. dem Umfang der von diesen erbrachten Dienstleistungen und Tätigkeiten erfolgen. M.a.W. ist bei der Berechnung der von jedem Unternehmen geschuldeten Kosten zu berücksichtigen, welchen Kontrollaufwand dieses jeweils (potentiell) verursacht. Damit muss die Kostenberechnung den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes und insbesondere des auch in Art. 19 Anhang I FZA niedergelegten Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit entsprechen.<sup>91</sup> Unproblematisch sind vor diesem Hintergrund insbesondere solche Gebühren, die für alle in der Schweiz tätigen Betriebe gelten und die Abgaben pro Tag und Umfang der Dienstleistungserbringung vorsehen, sofern damit insgesamt die anfallenden Kosten nicht überschritten werden.

Fraglich ist hingegen, ob daneben sog. Grundbeiträge, die für die jeweiligen Branchen an die paritätischen Kommissionen in Form einer jährlichen Abgabe zu leisten sind, mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar sind. Denn die im Ausland niedergelassenen Dienstleistungserbringer verursachen grundsätzlich nur Kosten während maximal 90 Tagen, während die im Inland niedergelasse-

---

<sup>91</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung des EuGH zur Massgeblichkeit der EU-Grundrechte im Rahmen der Rechtfertigung von die Grundfreiheiten beeinträchtigenden mitgliedstaatlichen Massnahmen EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), Slg. 1997, I-3709; EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), Slg. 2004, I-9609.

nen Unternehmen das ganze Jahr tätig sind. Vor diesem Hintergrund könnte die Erhebung solcher Grundbeiträge diskriminierend und damit mit dem Abkommen unvereinbar sein. Es ist im Rahmen dieses Beitrags nicht möglich, diese Frage allgemein und abschliessend für alle Branchen zu beantworten. Hinzuweisen ist aber auf zwei Elemente, die für die Beurteilung eines konkret zur Debatte stehenden Grundbeitrags relevant sind:

- Einmal dürfte die Erhebung eines solchen Grundbeitrags nicht schon *per se* mit dem Diskriminierungsverbot unvereinbar sein: Denn ein solcher kann dazu bestimmt sein, die jedenfalls anfallenden „Grundkosten“ für die Zurverfügungstellung der „Kontrollinfrastruktur“ zu decken, so dass sich insoweit gute Gründe für die Zulässigkeit einer Typisierung<sup>92</sup> anführen lassen. Gewisse Typisierungen und Pauschalisierungen können nämlich durchaus mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar sein, so insbesondere, wenn die zur Anwendung kommenden Kriterien sachlich begründet sind, was bei der Erhebung gewisser Grundbeiträge zur Deckung von Fixkosten jedenfalls vertretbar erscheint, fallen diese Fixkosten doch im Sinne der Zurverfügungstellung einer gewissen „Infrastruktur“ unabhängig davon an, ob Dienstleistungen erbracht bzw. Arbeiten durchgeführt werden. Dann aber könnte es durchaus vertretbar sein, dass alle Unternehmen in gleichem Mass an der Deckung dieser Kosten teilhaben, unabhängig davon, wie viele Tage sie tatsächlich eine Dienstleistung erbringen. Zu beachten ist zudem, dass auch inländische Betriebe unabhängig von der Dauer der von ihnen durchgeführten Arbeiten die Grundbeiträge zu entrichten haben.

Allerdings vermögen diese Erwägungen lediglich die grundsätzliche Zulässigkeit eines Pauschalbetrages bzw. eines

---

<sup>92</sup> Zur Zulässigkeit von Typisierungen bzw. ihrer Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz – wobei diese Grundsätze auch auf die entsprechende Problematik im Zusammenhang mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit übertragen werden können – *Bernhard Waldmann*, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, 2003, insbes. 69 ff.

Grundbeitrags zu begründen. Hingegen ändert diese grundsätzliche Möglichkeit nichts daran, dass bei der Festsetzung der Höhe dieses Beitrags selbst wiederum die Vorgaben des allgemeinen Gleichheitssatzes anzuwenden sind.<sup>93</sup> In diesem Zusammenhang ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum diejenigen Unternehmen, die potentiell während des ganzen Jahres in beliebigem Umfang in dem betreffenden Gebiet Dienstleistungen erbringen können, denselben Anteil an den „Grundkosten“ tragen sollen wie diejenigen Unternehmen, die von vornherein während des gleichen Zeitraums viel weniger lange (nämlich während eines Jahres nur höchstens 90 Tage) in demselben Gebiet tätig sein können. Denn auch Typisierungen müssen ggf. bestehenden Unterschieden zwischen verschiedenen Gruppen von Personen Rechnung tragen. Bei der vorliegenden Fallgestaltung ist ein solcher relevanter Unterschied aber darin zu sehen, dass der von den Dienstleistern verursachte (potentielle) Aufwand bei im Inland und im Ausland ansässigen Dienstleistern unterschiedlich hoch ist und dass letztere nicht in gleichem Mass entsprechende Arbeiten verrichten können wie erstere. Daher dürfte ein pauschalisierter Grundbeitrag, der der „90-Tage-Regelung“ in keiner Weise Rechnung trägt, nicht mit den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen und nicht mit dem Abkommen vereinbar sein. Denkbar wäre hier etwa eine Berechnung der Grundbeiträge *pro rata* – in Abhängigkeit von den potentiellen Möglichkeiten der Tätigkeit in dem betreffenden Gebiet.

Damit erscheint es insgesamt zwar vertretbar, wenn die Beiträge zu den Grundkosten in pauschalisierter Form erfolgen. Allerdings müsste bei der Festsetzung dieses Pauschalbetrags wegen der „90-Tage-Regel“ zwischen Inländern und grenzüberschreitend tätigen Dienstleistern differenziert werden, etwa durch eine Berechnung *pro rata* (in Abhängigkeit von den po-

---

<sup>93</sup> Aus der Rechtsprechung des EuGH ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Rechtsprechung zu Fragen der Besteuerung zu erwähnen, bei der der Gerichtshof davon ausgeht, dass die Höhe des Steuersatzes jedenfalls im Verhältnis zur Beschäftigungs- bzw. Wohnsitzdauer in dem betreffenden Mitgliedstaat zu berechnen sei, vgl. etwa EuGH, Rs. C-175/88 (Biehl), Slg. 1990, I-1779.

tentiellen Möglichkeiten der Tätigkeit in dem betreffenden Gebiet).

- Daraus ergibt sich auch, dass solche Grundgebühren nur so hoch festgesetzt werden dürfen, dass mit ihnen die unabhängig von konkreten Kontrollen anfallenden Fixkosten gedeckt werden, was plausibel nachgewiesen werden muss. Insbesondere darf es bei diesen Grundgebühren nicht um eine Art „versteckte Zwangsmitgliedschaft“ in einer Branchen- oder Berufsorganisation auch für im Ausland ansässige Dienstleistungsunternehmen gehen: Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs kann von nur vorübergehend im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Unternehmen grundsätzlich nicht verlangt werden, dass dieses Mitglied einer Berufsorganisation oder in ein bestimmtes Register eingetragen ist, jedenfalls dann nicht, wenn das Unternehmen im Heimatstaat bereits die entsprechende gewerbliche Tätigkeit ausübt.<sup>94</sup> Diese Grundsätze sind vollumfänglich – in Anwendung der dargelegten Auslegungsgrundsätze des Freizügigkeitsabkommens<sup>95</sup> – bei der Bestimmung der Tragweite der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des Abkommens anwendbar.<sup>96</sup> Deutlich wird damit, dass der Erhebung solcher Grundbeiträge – selbst wenn man von der grundsätzlichen Zulässigkeit derselben ausgeht – durch das Abkommen enge Grenzen gesetzt sind, die letztlich nicht nur implizieren, dass die Höhe der Gebühren tatsächlich in Verbindung mit den notwendigen Fixkosten gebracht werden, sondern auch, dass diese Grundgebühren angesichts der dargelegten Schranken nicht sehr hoch ausfallen dürfen und jedenfalls – angesichts der „90-Tage-Regel“ – zwischen Inländern und im Ausland ansäs-

---

<sup>94</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-58/98 (Corsten), Slg. 2000, I-7919; EuGH, Rs. C-215/01 (Schnitzer), Slg. 2003, I-14847; EuGH, Rs. C-131/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-1659.

<sup>95</sup> Oben B.

<sup>96</sup> S. schon *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85 (107 ff.).

sigen Dienstleistungserbringern zu differenzieren ist (etwa durch eine Berechnung *pro rata*).

- Schliesslich kann aus der Rechtsprechung allgemein abgeleitet werden, dass Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern (aber wohl auch allgemein) transparent und klar ausgestaltet sein müssen,<sup>97</sup> so dass sie nicht nur hinreichend genau formuliert, sondern auch einfach zugänglich sein müssen, damit (auch) der ausländische Arbeitgeber ihnen leicht nachkommen kann. Daher müssen die Höhe der Beiträge und ihre Berechnung (handle es sich nun um Grundbeiträge oder um Beiträge in Abhängigkeit von der Zeit der Dienstleistungserbringung) sowie die hierfür einschlägigen Rechtsgrundlagen (in der Regel der einschlägige Gesamtarbeitsvertrag) transparent sowie allgemein und einfach zugänglich sein. Weiter dürfen solche Gebühren nicht so (hoch) ausgestaltet sein, dass sie die Wahrnehmung der Grundfreiheiten übermässig erschweren oder gar illusorisch machen.

Insgesamt ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass zwar die Erhebung von Kontrollgebühren – einschliesslich der Differenzierung nach Grundgebühren und in Abhängigkeit von der Dienst- bzw. Arbeitsleistung – grundsätzlich mit dem Abkommen vereinbar ist, wobei jedoch bei der Ausgestaltung des Systems die vom Abkommen gezogenen engen Grenzen zu beachten sind. Ob und inwieweit dies der Fall ist, müsste für jede Branche und in der Regel für jeden Kanton im Einzelnen nachgeprüft werden, was im Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht geleistet werden kann. Immerhin dürfte sich allgemein aus dem Abkommen ergeben, dass pauschalisierte Grundgebühren wegen der „90-Tage-Regel“ ohne Unterscheidung zwischen Inländern und im Ausland ansässigen Unternehmen unvereinbar mit dem Abkommen sind. Hinzuweisen ist ergänzend noch auf den Umstand, dass die gesetzlichen Vorgaben bzw. die Regelungen in den Gesamtarbeitsverträgen jedenfalls abkommenskonform auszulegen und anzuwenden sind.

---

<sup>97</sup> Vgl. etwa EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453; zur Rechtsprechung auch schon oben D.I.2.



*b) Zur Pflicht der Hinterlegung einer Kautions*

Die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautions kann grundsätzlich durch das Anliegen der Durchsetzung von sich aus dem Gesetz oder Gesamtarbeitsverträgen ergebenden Forderungen gerechtfertigt werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt dies sogar für diskriminierende Massnahmen (also wenn die Kautions nur von im Ausland ansässigen Unternehmen verlangt wird), dies immer soweit nachgewiesen ist, dass die Vollstreckung von Forderungen im Ausland (insbesondere mangels entsprechender internationaler Vereinbarungen) im Vergleich zur Situation im Inland erheblich erschwert ist.<sup>98</sup>

Allerdings ist zu beachten, dass die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautions die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit nicht *de facto* verunmöglichen darf, was jedenfalls dann der Fall ist, wenn die Sicherheitsleistung eine für die Unternehmen nicht aufbringbare Höhe erreicht. Weiter darf die Höhe des zu entrichtenden Betrages nicht ausser Verhältnis zu den möglicherweise sicherzustellenden Forderungen stehen.<sup>99</sup> Schliesslich wird man im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit einer solchen Massnahme verlangen dürfen, dass grundsätzlich eine Gefahr der Nichtdurchsetzbarkeit von Forderungen besteht, was jedenfalls dann nicht mehr oder nur beschränkt der Fall ist, wenn diesen bereits entsprochen wurde (wie etwa im Falle der bereits erfolgten Entrichtung von Beiträgen zu den Kontrollkosten). Wie auch sonstige, die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Massnahmen, muss die Pflicht zur Kautionshinterlegung – inklusive die Berechnungsgrundlagen für ihre Höhe – sodann hinreichend transparent und klar kommuniziert werden.

Damit bleibt in Bezug auf die Pflicht zur Hinterlegung einer Kautions festzuhalten, dass eine solche nicht grundsätzlich mit dem Freizügigkeitsabkommen unvereinbar ist (immer auch so weit, wie die zu sichernden Forderungen mit diesem im Einklang stehen). Jedoch sind bei der Festlegung ihrer Höhe und der Hinterlegungsmodalitäten die Anforderungen des Abkommens zu beachten, die hier – in Anlehnung an die Rechtslage in der Union – relativ enge Grenzen kennen.

---

<sup>98</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-29/95 (Pastoors), Slg. 1997, I-285.

<sup>99</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-29/95 (Pastoors), Slg. 1997, I-285.

#### 4. *Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern*

Art. 12 Abs. 2 S. 2 AVG<sup>100</sup> enthält folgende Formulierung: „Der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz ist nicht gestattet“. Diese Bestimmung könnte so ausgelegt werden, dass es Dienstleistungserbringern aus dem Ausland verwehrt ist, bei der Erbringung der Dienstleistung im Heimatstaat „ausgeliehene“ Arbeitnehmer einzusetzen. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob und inwieweit die im Abkommen garantierte Dienstleistungsfreiheit solchen nationalen Regelungen entgegensteht, die die Entsendung von im Heimatstaat „entliehenen“ Arbeitnehmern im Aufnahmestaat verbietet oder einschränkt.

Jedenfalls dürfte in solchen Konstellationen das Abkommen grundsätzlich einschlägig sein: Zwar erwähnt Art. 17 lit. b)ii) Anhang I FZA nur „Arbeitnehmer eines Dienstleistungserbringers“, so dass Leiharbeiter nicht unter diese Bestimmung fallen; jedoch verbietet Art. 17 lit. a) Anhang I FZA ganz allgemein „Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen“, worunter sicherlich (auch) das Verbot des Einsatzes ausgeliehener Arbeitnehmer fällt.

Diese Problematik ist – da ein Verbot des Einsatzes entliehener Arbeitnehmer grundsätzlich zweifellos eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt – vor dem Hintergrund des Art. 22 Abs. 3 lit. i) Anhang I FZA zu sehen, wonach „Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen“ nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen bzw. entsprechende nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften von diesem unberührt bleiben. Dieser Bestimmung ist zweifellos zu entnehmen, dass die „Verleihtätigkeit“ von Arbeitsverleihunternehmen selbst nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt, so dass der grenzüberschreitende Arbeitnehmerverleih selbst zweifellos nicht an der Liberalisierung der Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen des Abkommens teilhat.

Eine andere Konstellation könnte jedoch in den Fällen vorliegen, in denen ein aus dem Ausland kommender Dienstleistungserbringer auf Arbeitskräfte zurückgreift, die er in seinem Heimatland „ausgeliehen“ hat und die ihm bei der Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung (etwa in der Schweiz) zur Hand gehen sollen: Denn hier geht es

---

<sup>100</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.11.

nicht um die grenzüberschreitende Dienstleistung eines Arbeitsverleihunternehmens, sondern um die Dienstleistung des eigentlichen Dienstleistungserbringers, die durch eine Einschränkung bzw. ein Verbot des Einsatzes von im Heimatland entliehener Arbeitnehmer beschränkt wird, so dass Art. 22 Abs. 3 lit. i) Anhang I FZA nach seinem Wortlaut nicht greift. Gute Gründe könnten denn auch für den Einbezug einer solchen Konstellation in den Anwendungsbereich des Abkommens sprechen: Zunächst ist daran zu erinnern, dass derartige Beschränkungen jedenfalls von Art. 56 AEUV erfasst würden, so dass nach den erörterten allgemeinen Auslegungsgrundsätzen des Abkommens<sup>101</sup> abweichende Ansätze klar im Abkommen zum Ausdruck kommen müssen, was jedenfalls nach dem Wortlaut der Bestimmung – wie dargelegt – in Bezug auf die hier zur Debatte stehende Konstellation nicht der Fall ist. Hinzu kommt, dass ein Verbot des Rückgriffs auf im Heimatstaat entlehene Arbeitnehmer die Erbringung der Dienstleistungsfreiheit zumindest für bestimmte Unternehmen, die auf diese angewiesen sind, ggf. sehr stark beschränken kann.

Andererseits ist jedoch zu beachten, dass Sinn und Zweck des in der Schweiz in Art. 12 Abs. 2 S. 2 AVG verankerten Verbots des Einsatzes „ausgeliehener“ Arbeitnehmer in der Schweiz unterlaufen werden könnte, wenn im Rahmen von grenzüberschreitenden Dienstleistungen solche Arbeitnehmer dann doch eingesetzt werden könnten und der Hintergrund der „Bereichsausnahme“ des Art. 22 Abs. 3 lit. i) Anhang I FZA gerade darin zu sehen ist bzw. zu sehen sein könnte, dass man der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung bereits bestehenden Regelung des Art. 12 Abs. 2 S. 2 AVG Rechnung tragen wollte. Auch könnte es an sich wenig Sinn machen, die Tätigkeit von Arbeitsverleihunternehmen vom Anwendungsbereich des Abkommens auszuschliessen, andererseits aber den Einsatz von im Ausland „ausgeliehenen“ Arbeitnehmern im Rahmen grenzüberschreitender Dienstleistungen zuzulassen, da diesfalls die im Ausland ansässigen Arbeitsverleihunternehmen indirekt doch an der Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs teilnehmen und im Übrigen der Schutzzweck der Ausnahme vereitelt werden könnte.

Allerdings vermögen diese Argumente nicht die dargelegten Gründe für eine eher enge Auslegung der Ausnahmebestimmung auszuhebeln, dies

---

<sup>101</sup> S.o. B.

insbesondere vor dem Hintergrund, dass der grenzüberschreitende Arbeitnehmerverleih selbst durchaus eine andere Konstellation darstellt als „lediglich“ der Rückgriff auf im Herkunftsstaat bereits ausgeliehene Arbeitnehmer bei der Erbringung von Dienstleistungen im Bestimmungsland, in dem zudem die im Entsendegesetz festgelegten Anforderungen zu beachten sind. Auch erscheint es nur wenig überzeugend, eine Regel des nationalen Rechts einer Vertragspartei (Art. 12 Abs. 2 S. 2 AVG) als massgeblichen Grund für die Auslegung einer Bestimmung eines multilateralen völkerrechtlichen Vertrages heranzuziehen. Daher dürften insgesamt die besseren Gründe dafür sprechen, dass die Ausnahmeklausel des Art. 22 Abs. 3 lit. i) Anhang I FZA nur die Tätigkeiten der Arbeitnehmerverleihunternehmen selbst erfasst.

Art. 12 Abs. 2 S. 2 AVG liesse sich übrigens durchaus in diesem Sinn abkommenskonform auslegen. Denn diese Vorschrift bestimmt nur, dass der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz verboten ist. Im Falle der Erbringung einer Dienstleistung durch einen ausländischen Dienstleistungserbringer in der Schweiz mittels im Herkunftsstaat „ausgeliehener“ Arbeitnehmer liegt aber an sich gerade keine Ausleihe in die Schweiz vor. Es ist aber zuzugeben, dass diese Frage – soweit ersichtlich – bislang weder im Schrifttum wirklich erörtert noch in der Rechtsprechung geklärt ist oder in der Botschaft zu den „Bilateralen I“<sup>102</sup> problematisiert wird und sich auch Argumente für die Gegenansicht finden lassen.

Folgt man der hier vertretenen Ansicht der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung, sollte Art. 12 Abs. 2 S. AVG tatsächlich als Verbot des Einsatzes von im Heimatstaat entliehenen Arbeitnehmern ausgelegt werden. Angesichts des Umstandes, dass das Entsendegesetz und die Entsendeverordnung die im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz zu beachtenden Anforderungen formulieren, ist nicht ersichtlich, welches öffentliche (nicht wirtschaftliche) Interesse mit einem allgemeinen und ausnahmslosen Verbot des Rückgriffs auf im Heimatstaat „ausgeliehene“ Arbeitnehmer für die

---

<sup>102</sup> BBl. 1999 6128 ff. S. aber auch das Merkblatt des SECO „Grenzüberschreitender Personalverleih- und Arbeitsvermittlungskonstellationen und deren Zulässigkeit nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG)“, 2, wo das SECO ohne Begründung davon ausgeht, die hier erörterte Konstellation falle nicht unter das Freizügigkeitsabkommen.

Erbringung von Dienstleistungen im Bestimmungsland greifen könnte. Daher dürfte ein solches Verbot gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossen, und es wäre wünschenswert, wenn Art. 12 Abs. 2 AVG im dargelegten Sinn abkommenskonform ausgelegt würde.

## **E. Schluss**

Die Ausführungen vermochten zwar aufzuzeigen, dass punktuelle Vorgaben des schweizerischen Rechts im Bereich der Arbeitnehmerentsendung mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens nicht in Einklang stehen könnten. Andererseits wurde deutlich, dass die wirkliche Herausforderung in den meisten Fällen wohl in einer abkommenskonformen Anwendung der einschlägigen Vorgaben liegen dürfte.

Jedenfalls illustriert der Bereich der Arbeitnehmerentsendung einmal mehr die recht komplexe Konstruktion des Abkommens selbst: Es verweist auf Konzepte und Begriffe des Unionsrechts, ohne dass immer ganz klar ist, wie weit dieser Rückgriff in bestimmten Bereichen tatsächlich geht. Gerade im Dienstleistungssektor finden sich hier in Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Ansätze und Auffassungen, so dass eine endgültige Klärung einiger der in diesem Beitrag angesprochenen Fragen letztlich nur in gerichtlichen Verfahren erfolgen kann, wobei die Vertragsparteien – entsprechend dem (formalen) Charakter des Abkommens als völkerrechtlicher Vertrag – jeweils selbst über seine Auslegung entscheiden.